

La ‘regulación económica’ como instrumento de dirección estatal de la economía

DAVID GUINARD-HERNÁNDEZ¹

RESUMEN

El concepto de ‘dirección estatal de la economía’ contenido en la Constitución colombiana de 1991 incorpora la finalidad social de la injerencia del Estado en la economía y la pretensión de eficiencia del funcionamiento de los mercados, constituyendo una categoría jurídica que recoge todas las especies de disciplina pública económica, como la intervención, la regulación, la política fiscal y monetaria, etc. En el presente artículo se discute la polisemia de la palabra ‘regulación’ y la necesidad de circunscribir su alcance dentro del contexto jurídico-económico mediante su adjetivación como ‘regulación económica’. Sobre esta base, analizamos las características de la regulación económica como instrumento de dirección estatal de la economía de carácter técnico-jurídico, radicado en cabeza de la administración, a través del cual se busca disciplinar mercados específicos con el fin de promover la eficiencia, el orden justo y el bien común, al igual que asumir los retos en materia de maximización de cobertura, calidad, garantía y respeto a los derechos de los consumidores.

- 1 Candidato a máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Melbourne, Melbourne, Australia. Máster en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona, Barcelona, España. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Consultor en temas de derecho público, administrativo, económico, infraestructura, comercial, minero y energético. Correo-e: guinarddavid@gmail.com. Fecha de recepción: 23 de octubre de 2016. Fecha de modificación: 3 de marzo de 2017. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2017. Para citar el artículo: GUINARD-HERNÁNDEZ, D. “La ‘regulación económica’ como instrumento de intervención estatal en la economía”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 177-224. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.09>

Palabras clave: Derecho administrativo, Derecho público económico, Derecho de la competencia, Política de intervención, Liberalización del mercado, Intervención en el mercado, Desregulación, Competencia económica.

‘Economic Regulation’ as an Instrument of State Direction of the Economy

ABSTRACT

The Colombian Constitution’s concept of ‘state direction of the economy’ conjoins the social purpose of state involvement in the economy and the need for an efficient performance of the markets. It forms a legal category which includes various mechanisms such as public interventions, regulatory measures, fiscal and monetary policies, etc. This paper examines the different meanings of ‘regulation’ and the need to narrow its use by means of a legal-economic framework. Accordingly, the term ‘economic regulation’ develops as an instrument of ‘state direction of the economy’, with both technical and legal components, used to administer specific markets in order to promote efficiencies, fairness and common benefits; and to maximize access, quality standards and the protection of consumer rights.

Keywords: Administrative Law, Public Economic Law, Competition Law, Intervention Policies, Free Market Policy, Market Intervention, Deregulation, Competition.

INTRODUCCIÓN

La injerencia del poder del Estado (lo público) en la dinámica de las fuerzas económicas (lo privado) ha variado como la marea con el correr de los últimos siglos. El Estado liberal surgió como triunfo revolucionario de la razón sobre el poder, triunfo que se proyecta en una dicotomía entre la sociedad política y la sociedad civil², esta última protegida de cualquier intromisión del poder público. En el Estado liberal se limita la injerencia de lo público en lo privado, que en lo económico se manifiesta como la esfera no intervenida de la iniciativa económica y la gestión de negocios, lo que reduce la acción del Estado a la garantía de las libertades individuales, a la protección de la paz ciudadana³ y la defensa de las fronteras.

2 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1821), Madrid: Libertarias, 1993.

3 IMMANUEL KANT, *Sobre la paz perpetua* (1795), Madrid: Tecnos, 4.ª ed., 1994.

En el Estado liberal puro, la ausencia de zonas de intersección entre la sociedad civil y la sociedad política relevó la discusión sobre el papel social del Estado. El tema de justicia distributiva⁴ como actividad de lo estatal en la esfera de lo social pasó desapercibido, en tanto que, fiel a las ideas *lesseferistas*, la sociedad realizaba de manera autónoma la distribución de bienes, servicios y oportunidades, atendiendo a principios de justicia sinalagmática, propia de relaciones contractuales no intervenidas que encontraban en el mercado el escenario de su representación.

La mano invisible de la economía como dispensadora de justicia social –por la autorregulación del egoísmo– fracasó. Grandes masas de población sufrieron los efectos desmedidos del egoísmo, y la pobreza consecuente; otros, los privilegiados –por regla general–, se regodearon en sus privilegios sin atención, haciendo oídos sordos a los clamores sociales. La insensibilidad del Estado liberal frente a las necesidades y demandas sociales generó en la sociedad civil un caldo de cultivo propicio para la revuelta. Contra el Estado liberal, que no se veía ni se mostraba como un Estado incluyente y servicial, sino como un Estado para el beneficio de pocos –que eran los únicos que tenían la condición económica para decirse libres–, se levantaron los reclamos sociales de los muchos que, sin ser esclavos, tenían una condición muy similar, pues vendían su trabajo a un menor precio y, por la carencia de rentas y su analfabetismo, no podían participar políticamente, por lo que prefirieron renunciar a las garantías individuales del Estado liberal –garantías de las que por su condición económica estaban excluidos– y aceptar la propuesta salvífica, mesiánica, del Estado totalitario⁵.

El Estado totalitario absorbe la libertad de modo tal que todo lo ganado por la racionalidad de la Revolución Francesa se viene al piso. Fue tan fuerte la conmoción social generada por el liberalismo exacerbado, que resultó preferible sacrificar la libertad para obtener acceso a un mínimo de subsistencia. La ruptura de los modelos plurales democráticos amenaza con el fundamento mismo del Estado de derecho sustituido por el Estado fuerza, apoyado en la opinión pública, dominada e imbuida por medios de comunicación controlados o amenazados que obedecen a directrices centrales que señalan con una rigidez reforzada por la represión lo que es permitido pensar, escribir, representar y hasta sentir.

Salvando la esencia del Estado de derecho, pero repensando su papel respecto de lo social y, fundamentalmente, frente a lo económico, aparece el Estado social. El Estado social permite que la racionalidad normativa inherente al Estado liberal se mantenga como fundamento del quehacer del poder: la

4 OWEN FISS, *El derecho como razón pública*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

5 ERNST CASSIRER, *El mito del Estado* (1968), México: Fondo de Cultura Económica, 9.ª reimp. de la 2.ª ed. en español, 1997.

razón se sobrepone al poder, siendo la razón constitucional y legislativa la que determina el ámbito de lo permitido al poder. El Estado interventor mantiene la seguridad propia de la libertad, como aquel sector protegido frente a la intrusión abusiva del poder, en donde su indemnidad es la propia razón de ser de las autoridades públicas.

Pero el Estado social trasciende al principio de legalidad, como escucha del clamor social y catalizador de la crisis desencadenada por el abstencionismo, adquiriendo una condición económica impropia del modelo liberal. El Estado social genera una zona de interacción entre la sociedad civil y la sociedad política⁶. Así, lo privado penetra en lo público a través de la participación política, y lo público en lo privado a través de los diferentes instrumentos de dirección estatal de la economía, dejando la iniciativa privada como el gran promotor económico.

En este modelo revive la preocupación por la justicia distributiva y se le asigna como tarea al Estado social, que debe velar, bien por la distribución de bienes, servicios y oportunidades –posición esta que asume una condición más radical frente a la justicia distributiva y que es propia de las definiciones políticas socialistas–, bien por facilitar los accesos a bienes, servicios y oportunidades –línea más próxima a los socialismos liberales. Los primeros escritos del derecho económico se refieren precisamente a este tema, a cómo debe producirse la dirección del Estado con una intención social.

El Estado social de derecho ha resultado ser la fórmula jurídico-política adecuada para materializar los fines sociales propios del Estado social, dentro del respeto por la libertad, la democracia y el ordenamiento jurídico propios del Estado de derecho. Es en tal escenario donde se hace posible la conjugación tanto de la libertad como de la justicia distributiva, a través de la necesaria participación del Estado en su condición de superestructura garante de la convivencia y del desarrollo de aquellos reunidos en una sociedad.

Atendiendo a la finalidad social del Estado, este no se puede desentender de lo que es estructural dentro de su proyección social. El Estado adquiere un nuevo reto: ¿cómo conjugar la eficiencia y eficacia administrativa con la necesaria corrección de los fallos del mercado? La respuesta es jurídica: generando una escala intermedia normativa, no tan general, impersonal y abstracta que no atienda a las condiciones actuales –específicas y concretas generadas por la dinámica permanente del mercado–, pero donde tampoco sean las fuerzas del mercado las que llenen el vacío normativo con el egoísmo de los agentes, lo que deriva en el mal liberal que se pretende corregir. Esa escala intermedia es la regulación económica.

6 MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial, 10.^a reimp. de la 2.^a ed., 1996.

Lo anterior implicó un importante desarrollo para el derecho público económico: la gestación de una nueva forma de actuación del Estado frente a la economía, ya no como representación tajante de esa dicotomía Estado liberal-Estado interventor (en donde el Estado o es espectador o es capataz), sino como un nuevo paradigma de función pública en donde este actúa como una suerte de árbitro, que acompaña vigilante el desenvolvimiento del juego económico y que interfiere, de forma proactiva, moderada y razonable —cuandoquiera que el juego no esté funcionando adecuadamente—, para restablecer el buen funcionamiento del mismo.

Dicho cambio del modelo interventor —centrado en la acción legislativa— a un modelo regulatorio —cuyo eje es el acto administrativo— hizo eco a una redefinición del rol del Estado frente a los servicios públicos. El derecho administrativo es tributario directo de la teoría del servicio público⁷, que sirvió para deslindar la administración pública de la administración privada, generar un campo especial para aquella y un género de contrato ligado al servicio público. No obstante, el paso del tiempo marchitó la definición de administración pública centrada en el servicio público, patrocinándose la apertura de este al mercado, decisión fundada sobre la teoría económica de la competencia, con la pretensión de ganar en eficiencia, en beneficio al usuario, rebajas de costos y aumento en la calidad del servicio.

La administración pública se especializa y se sensibiliza a tal grado que su objeto deja de ser la atención ordinaria de los servicios públicos, lo cual explica por qué los estos se orbitan en un mercado concurrido, en el que el Estado participa con empresas propias —oficiales— o en asocio con particulares —mixtas—, pero también abre la oportunidad para que los privados participen. Esto ya de por sí es novedad. La dimensión jurídica se adquiere cuando ante la nueva realidad se hace necesario un nuevo instrumento normativo: la regulación económica.

La regulación económica es fundamentalmente especializada y coyuntural. Atiende primordialmente a mercados sensibles y que presentan condiciones económicas que la justifican, de ahí su especialidad, y no es de actuación permanente, pues opera de forma coyuntural para corregir fallas en el mercado o cumplir una función de dirección administrativa respecto de los sectores específicos en que opera. Esto no quiere decir que su atención al comportamiento del mercado sea eventual u ocasional; por el contrario, hay una atención permanente que permite monitorear las fallas y actuar sobre ellas oportunamente. De allí que la regulación económica adquiera una condición altamente calificada, profesional, de los servidores públicos que tienen a cargo la función. La actuación administrativa adquiere una exigencia de oportunidad para enervar la perturbación de forma tal que motiva la función administrativa de prevenir o corregir los factores que la generan, en aras de garantizar el interés general.

7 LEÓN DUGÜIT, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires: Heliasta, 1975.

La administración pública enfrenta el reto del Estado social que plantea nuevas tareas que no pueden ser atendidas sino en ejercicios interdisciplinarios, en que los encuentros economía-derecho se convierten en acciones concertadas dirigidas coyunturalmente a evitar y corregir las perturbaciones de mercados precisos en condiciones económicas ciertas. La regulación económica impone un trabajo interdisciplinario, especializado, calificado, donde el derecho contribuye a dar una formulación lógico-lingüística a los enunciados de conducta cuya necesidad ha sido detectada en zonas que tienen que ver con los sectores reales de producción, distribución, mercadeo, uso de bienes y servicios.

Para alcanzar el objeto descrito, desarrollaremos el análisis del concepto de 'dirección estatal de la economía' como categoría jurídica que recoge todos los instrumentos mediante los cuales el Estado interviene en el libre funcionamiento de la economía nacional y que integran el denominado 'derecho público económico', recalcando la importancia de tal precisión conceptual no solo por razones de rigor jurídico (lo que nos dejaría en el plano meramente formal), sino también por cuestiones de seguridad jurídica y adecuada aplicación de herramientas que de suyo implican la restricción de libertades tan importantes como lo son las libertades económicas⁸.

Lo anterior nos permitirá aterrizar en la regulación económica como instrumento concreto de dirección económica del Estado, con el fin de analizar su génesis y establecimiento en los distintos sistemas de derecho, la racionalidad económica que tiene como trasfondo —que justifica su existencia—, y su individualización respecto de otros instrumentos de dirección estatal de la economía.

Este estudio permitirá afirmar que la regulación económica es un instrumento individual y diferenciable dentro del género de mecanismos de dirección estatal de la economía. Afirmación que se edifica sobre dos propuestas fundamentales, según las cuales: i) dada la polisemia de los conceptos de 'intervención' y 'regulación', se hace necesario el planteamiento de un *nomen iuris* que defina con rigor la categoría jurídica que recoge las distintas formas de actuación del Estado en la economía, y que hemos denominado instrumentos de 'dirección estatal de la economía'; ii) por la misma razón anterior, y dados los múltiples usos que la doctrina le ha dado al término 'regulación', se hace necesario reivindicar el concepto de 'regulación económica' como categoría jurídica independiente dentro de esas herramientas de dirección estatal de la economía, diferenciable por su objeto, finalidades y medios.

El atribulado clima económico que vivimos actualmente exige una evaluación de la forma como entendemos el papel del Estado frente a la economía y de las herramientas a través de las cuales este interviene en tal funcionamiento. La

8 ELISENDA MALARET I GARCÍA, "Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)", *Revista Derecho Privado y Constitución*, vol. 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 327-360.

crisis constituye el escenario y el aliciente para repensar los dogmas más arraigados, con el fin de determinar su vigencia o su necesidad de replanteamiento. Tal ejercicio demanda una desestructuración de las complejidades para volver a los fundamentos teóricos, que son, a la larga, los cimientos sobre los cuales se ha construido todo el andamiaje de la injerencia estatal en la economía. El bienestar futuro de la sociedad reclama de la academia un esfuerzo por analizar los problemas desde la calma de la teoría, abstrayéndolos de los vaivenes de la política, para contribuir así a generar soluciones íntegras y estructuradas.

Propuesta conceptual preliminar sobre la intervención económica pública: 'dirección estatal de la economía' como categoría jurídica

El tema de la intrusión del Estado en las vicisitudes de la economía interna ha sido estudiado tradicionalmente desde la perspectiva de si el Estado debe interferir o no en el libre funcionamiento de las dinámicas económicas. La dicotomía libertad-intervención ha marcado los planteamientos jurídicos y económicos al respecto por más de dos siglos, siendo tradicional referirse a la injerencia del Estado en la economía como 'intervención económica'. En efecto, los teóricos se han debatido tradicionalmente entre liberalismo e intervencionismo como dos orillas opuestas que engloban en términos generales la actitud que debe tener el Estado frente a la dinámica económica: de observador restringido del libre funcionamiento de las fuerzas económicas o de interventor con el fin de controlarlas.

La caída de las doctrinas del liberalismo económico, el consiguiente auge del intervencionismo de Estado y su evolución –que se extendió a lo largo de la segunda mitad del siglo xx– han dado pie al planteamiento de diferentes instrumentos de dirección económica estatal, en lo que podemos llamar una especialización de la injerencia del Estado en la economía interna. De manera tal que la intervención del Estado en la economía, que de antaño fue asociada como toda forma de intromisión del Estado en la dinámica económica, en la actualidad no abarca todo lo que implica la disciplina estatal de la economía interna.

Dicho trasegar (que tiene poco más de tres siglos, desde Adam Smith hasta nuestros días) ha visto cómo el tema se ha vuelto mucho más complejo en el camino entre ambas fronteras ideológicas. La constante expansión y profundización de los fines del Estado, en unos casos, y su reformulación, en otros, ha multiplicado y tecnificado las formas en que el Estado interviene en el funcionamiento de la economía, de manera que ya no se trata de pura liberalización ni de puro intervencionismo, sino de todo un espectro de herramientas de contenido y trasfondo económico que pueden ser usadas por los Estados para dirigir las condiciones económicas⁹.

9 "En primer lugar, en cuanto a su origen, las formas de actuación administrativa surgen de forma progresiva en el proceso histórico de expansión de fines por el Estado. Al asumir nuevos fines, que es una cuestión política, que está antes y fuera del derecho administrativo, el Estado necesita nuevos instrumentos de intervención. En segundo lugar, en cuanto a

En el plano académico ha sido una constante utilizar el *nomen iuris* 'intervención' como concepto que engloba todas las formas en las que el Estado interfiere con el libre funcionamiento de las dinámicas económicas. Dada la insuficiencia de dicho concepto para abarcar todas las herramientas de disciplina económica pública que existen en los Estados modernos, en este trabajo sugerimos la precisión semántica del término que describe la injerencia del Estado en la economía¹⁰, utilizando el concepto de 'dirección estatal de la economía' formulado en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia¹¹ como categoría jurídica que permite reunir tanto la finalidad social de la injerencia del Estado en la economía y su pretensión de corrección hacia el funcionamiento eficiente de los mercados, como la idea de género en donde se ubican todas las especies de disciplina pública económica.

El modelo económico¹² previsto en la Constitución colombiana de 1991 incorporó el concepto denominado 'dirección del Estado en la economía' como fórmula a través de la cual se encarga al Estado la dirección general de las condiciones macroeconómicas del país, siguiendo la estructura de economía social de mercado, siempre bajo el norte del bien común¹³.

su vigencia actual, se debe señalar que la clasificación tradicional no es absoluta, pues actualmente varias de las formas de intervención se encuentran en un proceso de profunda transformación": GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada: Comares, 3.ª ed., 2004, p. 296.

- 10 Se destaca que ya desde la década de 1980 autores como Sebastián Martín-Retortillo vislumbraban, con timidez, la necesidad de replantear la globalidad del concepto de intervención económica. Ver SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, Madrid: La Ley, 1991.
- 11 Así reza el inciso primero del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, en su redacción original: "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".
- 12 "Colombia está consagrada a un modelo de economía social de mercado. Ello, simplificando, quiere decir que el desarrollo económico del país y de sus gentes están confiados a la economía de mercado, pero que los partícipes deben obrar de acuerdo con los postulados del bien común y asumir responsabilidades y que, en todo caso, la dirección de la economía está en cabeza del Estado para asegurar los objetivos que se plasmaron en la carta política": EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, "Comentario editorial", *Contexto: Revista de Derecho y Economía*, vol. 33, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 3.
- 13 Sobre el modelo económico colombiano ha dicho nuestra jurisprudencia: "3. Es un tópico suficientemente definido en la jurisprudencia constitucional que la Carta Política no ofrece una perspectiva neutra frente al modelo económico aceptable, sino que toma partido

La dirección general de la economía es la facultad entregada por el constituyente al Estado para que gestione la economía nacional, en búsqueda de los fines del Estado, principalmente el bien común y la justicia social. La jurisprudencia constitucional ha identificado que la dirección de la economía es el género de la gestión económica pública, dentro del cual se encuentran contenidas las diferentes herramientas para el desarrollo de dicha labor¹⁴. El

por un régimen de economía social de mercado, el cual tiene entre sus características definitorias (i) el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, en tanto garantías indispensables para el logro del desarrollo económico y la prosperidad general. Para ello se impone una cláusula general compleja, la cual impide la exigencia de permisos previos o requisitos, al igual que la obligación estatal de promover la libre competencia y la libertad económica (Art. 333 C.P.); y (ii) la adscripción al Estado de la función de dirección general de la economía, tarea que se expresa en diversos planos, como son la verificación [de] que la libre empresa se ejerza en los límites del bien común y la potestad de imponer limitaciones a esa libertad cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333 C.P.). Sobre el particular, decisiones recientes de la Corte han contemplado que 'el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público'. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general": Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

- 14 Sobre la dirección general del Estado en la economía, en sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional consideró: "5. El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, [de que] tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico. [...] 6. Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante

concepto de 'dirección estatal de la economía' permite ver al Estado en un símil como el director de la gran orquesta que integran las dinámicas económicas, coordinando con la batuta del poder la armonía, la afinación, el compás y la dinámica de los distintos instrumentos económicos.

La noción habitual de 'intervención' del Estado en la economía se proyecta tradicionalmente en dos sentidos distintos, que tienen una relación de género a especie:

- Uno amplio o lato, según el cual intervención es todo instrumento del Estado (ya sea legislativo o administrativo) a través de la cual disciplina la economía según los fines del Estado social de derecho. Es decir, lo que en este trabajo identificamos como 'dirección estatal de la economía'.

Dentro de ese concepto de género que se ha dado a la intervención, se posicionan todos los instrumentos a través de las cuales el Estado dirige la economía. Y,

- Uno estricto, según el cual la intervención es un instrumento particular de injerencia económica pública que se desarrolla a través de la ley sobre materias y fines determinados, sometidos en todo a la regla de reconocimiento

del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general". Lo anterior se complementa con lo sostenido en sentencia C-830 de 20 de octubre de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva: "La dirección general de la economía, según lo planteado, se expresa de forma más amplia a partir de dos aspectos definidos. En primer término, corresponde al Estado ejercer las medidas dirigidas a que las empresas, habida cuenta [de] su condición de expresiones de la propiedad privada, cumplan las obligaciones que se derivan de su función social y ecológica (Art. 58 C.P.) En segundo lugar, dicha dirección general involucra un grupo de competencias estatales referidas a la intervención, por mandato legal, en aras de regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334 C.P.) Asimismo, la norma constitucional prevé que la intervención estatal en la economía debe estar dirigida al aseguramiento del pleno empleo a los recursos humanos, el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por parte de las personas con menores ingresos, al igual que la promoción de la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones". De esta manera la Corte Constitucional reconoce que la intervención es una especie de la función de dirección estatal en la economía, al decir que "dicha dirección general involucra un grupo de competencias estatales referidas a la intervención, por mandato legal, en aras de regular la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334 C.P.)".

que le impone unos límites que le significan al legislador precisar claramente el campo de la afectación a la libertad económica, a la propiedad, a la actividad en el mercado, en la intermediación o en los distintos campos que de manera detallada precisa la Constitución, y, adicionalmente, fijar la finalidad de la intervención.

Tal dicotomía sustenta la necesidad de identificar un *nomen iuris* moderno que verdaderamente represente todos los instrumentos de disciplina económica del Estado, como lo son la intervención (en sentido estricto), la regulación económica, la supervisión, la vigilancia y el control, la planeación, la fiscalización, las políticas monetaria y cambiara, la emisión, etc.

Siguiendo este derrotero, identificar a la 'dirección estatal de la economía' (llamada tradicionalmente intervención) como categoría jurídica permite consagrar un concepto genérico que abarca todas las formas a través de las cuales el Estado disciplina la economía. La intervención económica en sentido estricto y la regulación económica son, entonces, especies de este género¹⁵.

La dirección estatal de la economía como categoría jurídica resulta entonces útil para diferenciar los conceptos de intervención del Estado en la economía en su sentido amplio y en su sentido estricto, pues el sentido amplio se identifica con la categoría 'dirección estatal de la economía', para permitir que la intervención sea identificada exclusivamente como una de las formas en que el Estado desarrolla dicha dirección. La propuesta es útil en tanto que la doctrina¹⁶

15 En sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional efectuó un análisis transversal sobre el principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y el alcance de las libertades económicas, concluyendo que: i) el modelo económico de la Constitución de 1991 no se encuentra definido expresamente en la Carta, y ha sido interpretado por la jurisprudencia como un modelo de economía social de mercado, que se caracteriza por el reconocimiento de libertades económicas dentro de un marco ontológico de solidaridad que permite efectuar limitaciones a dichas libertades; ii) la jurisprudencia es constante en presentar un concepto amplio de intervención a cargo de distintos poderes públicos y materializado por medio de diferentes instrumentos, de contera al concepto de intervención económica contenido en el artículo 334 y en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución. Reiteramos que no compartimos dicha concepción, pues consideramos que dicho concepto amplio de intervención no es otra cosa que el concepto general de gestión pública de la economía, que se realiza a través de distintos instrumentos, entre ellos la intervención económica (aquella del artículo 334) y la regulación económica, entre otros; iii) hay una justificación organizacional y axiológica de la intervención: la intervención persigue la materialización de principios y valores consagrados en la Constitución, concretamente para "conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"; iv) cabe la intervención de los servicios públicos, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación; v) hay un reconocimiento de las libertades económicas y de restricciones tolerables.

16 La doctrina colombiana sobre la regulación económica —que es escasa— parece acompañar la postura adoptada por el legislador respecto a que la regulación es una especie de

y la jurisprudencia¹⁷ se refieren constantemente a la intervención económica sin precisar si se trata de intervención en su sentido amplio o bien de la intervención como una especie de herramienta de dirección estatal de la economía –intervención en su sentido estricto¹⁸.

intervención económica. Así, el ex consejero de Estado Enrique Gil Botero sostiene: “La regulación, por su parte, es una técnica de intervención del Estado en la economía, que comenzó a implementarse en los Estados Unidos desde fines del siglo XIX, con la intención de evitar distorsiones de algunos mercados específicos en los que se observaba la formación de monopolios y, en general, restricciones a la libre competencia”: ENRIQUE GIL BOTERO, “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 3, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 10.

- 17 La jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver, entre otras, sentencias C-150 de 25 de febrero de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-1041 de 4 de diciembre de 2007, M.P.: Humberto Sierra Porto) ha sido constante en referirse a la intervención desde su sentido amplio, esto es, como toda injerencia del Estado en la economía, y no solo en su sentido estricto, contenido en el artículo 334 CP como intervención económica reservada a la ley sobre materias y bajo fines específicos. Reconocer tal manejo conceptual resulta de capital importancia, pues en ocasiones la Corte diserta sobre la intervención refiriéndose a todos los instrumentos de dirección estatal de la economía (con una visión transversal del Título XII de la Constitución, incluyendo la planeación, la intervención, la regulación, la inspección, vigilancia y control, etc., y de la Constitución en general), y en otras ocasiones se refiere a la intervención económica en sentido estricto, de la que tratan el artículo 334 y el numeral 21 del artículo 150 CP. La Corte reconoce que existe un universo de decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía (instrumentos de dirección estatal de la economía), pero lo presenta con una imprecisión semántica que genera una confusión conceptual que se extenderá a lo largo de sus decisiones, pues lo denomina “regulación económica”, justo después de haber identificado todas las categorías de “intervención estatal” (dirección estatal de la economía). Tal uso indiscriminado de los conceptos ha generado que sea difícil identificar un criterio unívoco de la Corte, tanto en materia del modelo de gestión económica pública de la Constitución de 1991 como sobre la naturaleza jurídica concreta de intervención económica en sentido estricto. Por tal razón, y sin pretender criticar la valiosa labor de la Corte, nos permitimos diferir de dicho criterio, puesto que consideramos que el estudio consiste en la dirección estatal de la economía (lo que de antaño se ha conocido como intervención estatal en sentido amplio), dirección que se integra en concreto con la intervención económica en sentido estricto, la regulación económica, la planeación económica, la supervisión, vigilancia y control, la política monetaria, etc.
- 18 La sentencia C-263 de 6 de abril de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mantiene la línea seguida por la Corte, concluyendo que: i) el Estado tiene la obligación de “intervenir” la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social; ii) la intervención del Estado en la economía busca conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados, esto para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad; iii) se mantiene la mezcla de conceptos, esta vez se toman como equivalentes “limitación de las libertades económicas” e “intervención del Estado en la economía”, y se continúa presentando la intervención desde su aproximación amplia; iv) se reconoce que las restricciones a las libertades económicas corresponden

La propuesta resulta útil, igualmente, para identificar el concepto de regulación económica e individualizarlo respecto de los demás instrumentos de dirección estatal en la economía, especialmente teniendo en cuenta que en algunas tradiciones jurídicas (como la británica) se acostumbra a referirse a toda injerencia económica del Estado como regulación¹⁹.

La regulación económica es uno de los múltiples instrumentos de dirección estatal en la economía (de intervención –en sentido amplio– como lo acostumbra a llamar la doctrina), en un grado de afectación a la libertad económica limitado a mercados precisos, bajo condiciones y propósitos diferentes a los exigidos para las leyes de intervención y encargado a agencias determinadas, que no tienen carácter de corporaciones públicas de naturaleza política –condición esta propia del Parlamento–, siendo entidades administrativas de carácter técnico. Su legitimidad deviene de la participación directa de los agentes regulados en su producción representada en el acto administrativo de la agencia reguladora. En la regulación económica hay espacio para la participación directa de los sujetos regulados.

La precisión conceptual resulta particularmente apropiada en ordenamientos jurídicos como el colombiano, en donde se consagró la intervención –en sentido estricto– como un instrumento de dirección estatal de la economía de competencia exclusiva del legislador (art. 334 CP). Como especie que es la intervención en sentido estricto, adquiere condiciones específicas que la distinguen del género y que hacen que no pueda ser trabajada al mismo nivel de aquel. La intervención como instrumento de dirección del Estado en la economía se caracteriza por producirse a través de leyes (num. 21 art. 150 CP), y por producir profundos modelos de injerencia del Estado en la economía.

Su legitimidad deviene de la participación de la sociedad en su producción representada en la soberanía del Congreso (representación). En la intervención –en su sentido estricto– no se presentan modelos de participación directa en su construcción (diferentes a los escenarios de participación del ciudadano en el procedimiento legislativo). La legitimidad de las medidas de intervención proviene del modelo representativo.

exclusivamente al legislador, dentro de unos límites determinados; v) se mezcla el concepto de intervención con el de regulación económica; vi) se reconoce el aspecto técnico de la regulación económica.

- 19 "En el lado británico, la regulación es algo más. Es algo más que actividad de las Agencias. Es la actividad de intervención del Estado [...] Esta perspectiva, más británica, conduce a identificar la regulación con cualquier forma de intervención pública en el ámbito de las actividades económicas. [...] Si en el caso norteamericano, regulación y Agencia se confunden, en el caso británico sucede lo mismo con regulación y la actividad del Estado de intervención (restricción) de las actividades económicas. Según este punto de llegada, regulación se confunde con intervención pública de las actividades económicas": ANDRÉS BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2010, pp. 34-35.

2. LA POLISEMIA²⁰ DEL CONCEPTO 'REGULACIÓN'

La construcción del concepto 'regulación económica' dentro de la comunidad jurídica no ha sido un proceso sencillo. Ello se debe principalmente a una circunstancia concreta: la plurivocidad y relativa indeterminación del término 'regulación', que le ha valido para ser considerado como uno de los mayores paradigmas de las ciencias sociales²¹, dada su presencia transversal en diferentes áreas del conocimiento²². La noción de regulación ha sido puerto recurrente para la descripción de las más variadas significaciones²³, siendo precisamente en su polisemia en donde reside la gran acogida de la que goza, gracias a su versatilidad para describir diversidad de cuestiones.

El uso generalizado del término, su éxito mediático y sus variadas interpretaciones han dado pie al surgimiento de problemas interpretativos que dificultan la labor académica y la práctica diaria en diferentes ámbitos, en especial en el ámbito jurídico²⁴, que resulta ser muy sensible a las consecuencias derivadas de la indeterminación de los conceptos.

La falta de un concepto jurídico unificado representa un gran riesgo, pues el uso de facultades que excedan lo que cabalmente contiene la regulación económica puede significar una injerencia ilegítima del Estado en la vida económica de los ciudadanos, afectando su derecho de propiedad y sus libertades, y acarreando considerables efectos económicos que pueden significar la responsabilidad patrimonial del Estado frente a las víctimas.

Existe entonces una imperiosa necesidad de identificar las diferentes acepciones del concepto, y sobre todo, de lindar el singular contenido que se le da al término en los distintos ámbitos científicos, en especial el jurídico²⁵. La

20 J-L. AUTIN, "Réflexion sur l'usage de la régulation en droit public", en *La régulation entre droit et politique*, Paris: L'Harmattan, 1995, pp. 43-55.

21 JACQUES CHEVALLIER, *De quelques usages du concept de régulation*, cit. en J. CLAM y G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris: LGDJ, 1998, p. 52.

22 "Au vrai, le terme 'régulation' connaît, dans le langage des sciences sociales comme dans celui des juristes, divers usages également pertinents. Ils correspondent à autant d'espèces d'un concept générique, qu'il importe d'élaborer en se souvenant que le terme est emprunté à la langue des sciences physiques et biologiques": L. CLAM y G. MARTIN, ob. cit., p. 53.

23 "Si, en France, l'utilisation du terme 'régulation' est devenue presque banale dans le vocabulaire politico-économique, c'est au prix d'un sorte de mystification qui consiste à recourir à la notion sans au préalable en avoir défini le sens. Il est alors possible de l'utiliser pour décrire des fonctions très diverses. C'est certainement d'ailleurs, l'une des clés de son succès": AURORE LAGET-ANNAMAYER, *La régulation des services publics en réseaux: télécommunications et électricité*, Paris: LGDJ, 2002, p. 2.

24 "OGUS (1994: 1) reconoce que regulación es fundamentalmente un 'political-economic concept'. Esta es la dificultad. Construir un discurso jurídico y, en particular, jurídico público sobre un concepto que no es jurídico, sino extraño al mundo jurídico. Aquí radica el origen de tantas confusiones y tantos problemas": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 37.

25 "En los últimos años se ha producido un renovado interés por la regulación desde diferentes ciencias y disciplinas: especialmente el Derecho, pero también la Economía, la Ciencia

indeterminación del concepto no se puede prestar para que se le dé un uso indebido, y mucho menos para que su amplitud descriptiva sea usada como un elemento distractor o de confusión de cara a los intérpretes y receptores de eso que en el fondo conlleva toda forma de regulación, que no es otra cosa que la formulación de determinado conjunto de reglas para ajustar un comportamiento persiguiendo unos fines específicos²⁶.

Su popularidad, la variedad de contenidos que adquiere y de ámbitos en los que es utilizada nos invitan a formular una breve delimitación de lo que es la regulación y de los caracteres que adquiere en el ámbito económico-jurídico que nos convoca.

La doctrina comúnmente se vale del estudio del surgimiento de la palabra 'regular' para delimitar su noción actual e identificar las complejidades en su aplicación. 'Regular' proviene de la raíz latina *reg*, fuente de *regere* (regir, regentar), y más directamente de *regula* (regla), que en esta acepción adquiere el significado de "Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines" o de "Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo". De manera que regular, desde su origen etimológico, contiene una noción de ajuste a una regla, de disciplina respecto de una línea, de un baremo. El significado que nos ocupa queda diferenciado claramente de la segunda acepción del verbo 'regular' que refiere a "Uniforme, sin cambios grandes o bruscos. De tamaño o condición media o inferior a ella"²⁷.

Política, la Sociología, la Historia, la Psicología, la Geografía, la Gestión Empresarial y la Gestión Pública. Porque, en efecto, la regulación exige un enfoque multidisciplinar. Diseñar un modelo de regulación teniendo en cuenta solamente criterios económicos, e ignorando las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionantes sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, es apostar por un modelo con muchas posibilidades de fracaso. Además, parece lógico que las conclusiones obtenidas por otras ciencias sobre los modelos de regulación puedan resultar de alguna utilidad para la ciencia jurídica; aunque ello exige una notable dosis de curiosidad, apertura mental, riesgo y prudencia en esas expediciones a tierras extrañas y en el correspondiente regreso a la ciencia propia": JUAN DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, Capítulo 4, Acápites 1.

26 "El camino para arrojar cierta luz es complejo porque tiene que luchar contra ciertos convencionalismos y, sobre todo, el éxito mediático del término. Es el éxito de un *slang word* (Croley). El éxito de una explicación y, sobre todo, el éxito de una visión económica y politológica de la intervención pública en la economía. Los políticos, los economistas y los periodistas han impuesto este término, han contaminado el discurso jurídico y lo han conducido a un terreno en el que no puede prosperar. Este es un discurso esencialmente de garantías, no es un discurso de eficiencias. No tienen por qué ser contradictorios siempre y cuando no se pierda de vista cuál es el centro de gravedad. La victoria de los 'extraños' tiene paradójicamente un efecto, incluso, no querido por los patrocinadores en el ámbito jurídico de estas teorías: el debilitamiento de las garantías y los controles": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 28.

27 Definiciones tomadas del website de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

El uso de la noción de regulación no comenzó en el seno de la economía o el derecho, y es por ello que su asimilación dentro de estos campos ha significado cierto embrollo. Regular, como descripción de una acción, es una noción proveniente de disciplinas como la mecánica o la biología, que por su carácter ampliamente descriptivo fue adoptada por la economía y el derecho, las cuales, al no ser ciencias exactas, han permitido un espectro más amplio de interpretación, lo que ha hecho más compleja la concreción del término en estas materias²⁸.

Mientras que en las ciencias más formales la noción de regulación no se ha prestado para mayores disquisiciones, esta se fue volviendo una noción polisémica en la medida en que iba siendo usada por las ciencias más abiertas a la interpretación como la economía, el derecho e incluso la sociología²⁹. No resulta descabellado pensar que la naturaleza dialéctica de las ciencias sociales ha auspiciado la polisemia del término en estos terrenos.

La incursión de la noción de regulación en las materias económicas y jurídicas se vio marcada por una diversidad de interpretaciones condicionadas, en principio, por el contenido que fue adquiriendo el término conforme a las traducciones en las diferentes lenguas románicas. Autorizadas perspectivas tanto inglesas³⁰

28 "La notion de régulation n'est consubstantielle ni aux services publics de réseaux, ni au champ juridique. En effet, la régulation a une histoire que l'on peut retracer à travers son parcours dans les différentes disciplines scientifiques —de la mécanique à l'économie politique— en passant par la biologie, avant de pénétrer les sciences sociales, les sciences politiques et le droit": AURORE LAGET-ANNAMAYER, ob. cit., p. 3.

29 "La expresión 'regulación' es frecuentemente utilizada tanto en un contexto legal como fuera de él. No es un término unívoco y ha recibido varias acepciones. Algunas veces es utilizada para indicar cualquier forma de control de conductas, cualquiera sea su origen; en otras es utilizada en un sentido político (normalmente de ideologías liberales) para referirse a los efectos perversos de la regulación sobre la economía en general o sobre un sector en particular": MARIANO CARBAJALES, *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p. 87.

30 "El nuevo concepto de regulación entró al mundo de habla inglesa a finales de los setenta y comienzos de los ochenta a través de la obra de la escuela parisina de la regulación [Aglietta, 1979; Boyer, 1990; Boyer y Saillard, 1994; Lipietz, 1988 y Jessop, 1990]. La polisemia del término inglés indujo a que mucha gente confundiera, al menos inicialmente, el nuevo concepto con la idea más familiar de regulación jurídico-política, que corresponde mejor a la palabra francesa 'reglementation'. En efecto, 'regulación' podía haber sido traducida mejor —y menos mecánicamente— como 'regularización' o 'normatización'. Las normas pertinentes en este contexto son las normas de producción y las normas de consumo, para las cuales el objetivo de la regulación es asegurar su compatibilidad dentro de un régimen determinado de acumulación (ver especialmente: Aglietta, 1979). La adecuación de la regularización o la normatización también es señalada por los vínculos cercanos que algunos tratadistas encuentran entre el enfoque de la regulación y el reciente trabajo institucionalista francés sobre la 'economía de las convenciones', con su marcado énfasis en la comprensión hermenéutica de la racionalidad limitada de la acción económica basada en las reglas institucionales socialmente incorporadas y la diversidad macroeconómica [Favereau, 1994; Orléan, 1994; y Salais y Storper, 1993]": BOB JESSOP, *Crisis del Estado de Bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 87.

como francesas³¹⁻³² respecto del uso que se ha dado al término 'regulación' en las ciencias sociales en distintos idiomas nos permiten reconocer que la polisemia

- 31 "... la noción de regulación es menos universal de lo que se podría creer. En primer lugar, su difusión oculta una fuerte ambigüedad semántica, mientras que el sentido de la palabra inglesa o americana *regulation* se traduce en francés por reglamentación, la mayoría de los Estados europeos han tomado la palabra regulación del vocabulario de la ciencia y tecnología, para distinguirla de la reglamentación. Este hecho es conocido pero no disipa la ambigüedad. Tampoco es la única fuente de incertidumbre que afecte el sentido de la noción de regulación. Con frecuencia se ha desprestigiado la noción de servicios públicos haciendo referencia a su imprecisión, pero no se dice que a la noción de regulación se le puede hacer, como mínimo, el mismo reproche. Pero, al igual que la noción de servicio público, la noción de regulación puede llegar a ser una noción jurídica si logra expresar el sentido de un conjunto de reglas e instituciones nuevas, que las nociones y teorías clásicas del derecho público o privado no lo gran integrar de manera operativa. Las fuentes de la incertidumbre son al menos tres: los usos profanos, las lógicas internas de los sistemas jurídicos y los contextos sectoriales. En efecto, la regulación es una palabra que seduce porque evoca la capacidad de producir un orden o una racionalidad: se utiliza tanto en el discurso político como en las teorías propias de las distintas ramas del saber, y frecuentemente con un alcance muy amplio; los juristas siguen con frecuencia esta tendencia, con lo que se corre el riesgo de que la nueva palabra no logre aislar una nueva noción. En segundo lugar, la ciencia del derecho se aplica a sistemas de normas que están ligadas al Estado por los principios e instituciones sobre los cuales ellos reposan; las nociones que esta ciencia produce están por lo tanto estrechamente ligadas a sistemas particulares, de los que sólo es posible desprenderse mediante la comparación. Si la regulación debe llegar a ser una noción jurídica, puede suponerse que es entonces inevitable que sea contaminada por esta idiosincrasia, incluso si su difusión se realiza dentro de un movimiento de globalización del cual el derecho no puede escapar. Pero, al mismo tiempo, las expresiones singulares de la regulación reconocidas como típicas en los diferentes países proporcionan un material de estudio muy valioso para buscar allí los elementos de una concepción común, evitando así el riesgo de una teorización demasiado distanciada de lo real, es decir, en el orden del derecho, del derecho positivo. Finalmente, la noción de regulación se aplica a actividades muy diferentes, a veces a actividades policivas tales como aquellas que procuran asegurar el respeto de las reglas generales de competencia en los mercados de bienes y servicios, o en los mercados financieros, a veces a las industrias caracterizadas por su dependencia hacia una red u otros tipos de infraestructuras no (o difícilmente) reproducibles, y a veces a las relaciones entre ciertas industrias y el medio ambiente. Con la instauración del mecanismo de mercado en lugar de antiguos monopolios, se evidencia la diferenciación sectorial y la necesidad de reglamentaciones específicas—aquí encontramos de nuevo la ambigüedad": GERARD MARCOU, "La regulación y los servicios públicos: las enseñanzas del derecho comparado", *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Bogotá: LHarmattan, t. 1, 2009, pp. 11-12.
- 32 "En efecto, la palabra, en francés, se relaciona con la acción que permite asegurar el funcionamiento correcto de alguna cosa, con un ritmo regulador (el tráfico de la carretera, el flujo de las aguas). El término se usa con frecuencia en el ámbito de las ciencias exactas: física, química, cibernética o biología. Pero, sólo hasta hace poco, este término ocupa un lugar en el vocabulario jurídico. Esta palabra llegó en los vagones del neoliberalismo anglosajón, a través de la reimportación, como muchas veces ocurre, de un término inglés de origen francés: *regulation*. Pero, mientras que en inglés esta palabra significa 'reglamento' o 'reglamentación' (los reglamentos de la CEE son en inglés *regulations*), su sentido en el francés jurídico se ha extendido y designa una serie de funciones que van más allá de la reglamentación": PAUL LAURENT FRIER, "La regulación como función: apuntes introductorios", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. 1, cit., p. 95.

del término 'regulación' se explica en gran parte por su trasegar entre el inglés y el francés, con concepciones distintas en uno y otro idioma, generando confusiones³³ sobre el contenido del concepto, al que se le ha llegado a comparar con la reglamentación³⁴.

La adecuada comprensión del contenido de la regulación en el ámbito en el que confluyen la economía y el derecho nos obliga a dar un vistazo a la forma en que se estructuró como concepto jurídico, para lo cual tendremos que escudriñar sus orígenes en el derecho norteamericano.

3. EL SURGIMIENTO DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE 'REGULACIÓN' EN EL ORDENAMIENTO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA³⁵

La doctrina especializada ubica comúnmente el surgimiento en terrenos jurídicos de la noción de regulación en paralelo al nacimiento de las agencias regulatorias en los Estados Unidos de América. El ya citado Marcou plantea el tema en los siguientes términos: "Es habitual referirse a las agencias federales estadounidenses como las antecesoras de las autoridades nacionales de regulación que se encuentran hoy en día en la mayor parte de los Estados europeos y, por extensión, se admite, muchas veces sin decirlo, que ellas dieron origen a la noción de regulación"³⁶.

33 "El éxito del término es el de su generalización sobre la base de la descripción de la acción estatal en relación con el mercado. Cuando se habla de regulación, se incurre en la tendencia de generalizar a todo el derecho público económico, a todo el derecho norteamericano, a todas las formas de control de las actividades económicas [...] También se generaliza cuando se mezclan consideraciones que proceden del mundo de la politología, con el de la economía y el derecho. Estas generalizaciones inducen, indudablemente, a la confusión": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 27.

34 Confusión que representa un grandísimo riesgo dentro de los ordenamientos jurídicos de herencia continental europea (como el colombiano), dado que el concepto 'reglamentación' está establecido como la potestad reglamentaria de la ley por parte del ejecutivo, función diametralmente disímil a la regulación. La anfibología con el concepto jurídico de reglamentación ha sido materia de amplio estudio por parte de la doctrina jurídica, especialmente desde el derecho administrativo. Sin embargo esta es una materia amplia que excede los objetivos de este escrito. Al respecto se pueden consultar, entre otros: ENRIQUE GIL BOTERO, "La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 3, Universidad Externado de Colombia, 2009.

35 En este acápite pretendemos identificar la proveniencia del concepto jurídico de regulación en el derecho norteamericano, sin profundizar en la evolución y el funcionamiento de la institución en dichas latitudes, pues ello excede el objeto del presente escrito, al ser una materia de considerable amplitud y profundidad. Las obras citadas dentro de este acápite pueden ser consultadas para profundizar sobre el tema.

36 GERARD MARCOU, ob. cit., p. 25.

Para Betancor, la regulación económica no es ni fue una función novedosa dentro del elenco de herramientas estatales de injerencia en la economía³⁷. En efecto, considera que la regulación se ha mitificado como novedosa e importada función en el derecho continental europeo, lo cual ha generado que se ejerza un restringido e inadecuado control judicial sobre la misma³⁸.

Así las cosas, la regulación como conceptualización de una función estatal surgió como referencia a la atribución que se le encargaba a las nacientes agencias reguladoras norteamericanas, razón por la que en este contexto no se puede escindir el objeto (regular) del sujeto (la agencia reguladora), porque ambos nacieron ligados.

El nacimiento se data a finales del siglo XIX (1887), en Estados Unidos de América, siendo la primogénita de las agencias reguladoras independientes la bautizada como *Interstate Commerce Commission* (ICC)³⁹.

37 "Croley (1998: 106) afirma que el término 'regulación' es usado por todas las teorías de la regulación, las de base económica, politológica o sociológica, como cualquier '*work product*' de las Agencias. En términos estrictos, como nos recuerda dicho autor, '*agencies produce not regulations (a slang term) but rather rules and orders*' (ídem: 106). En todo caso, para economistas, politólogos y sociólogos del mundo doctrinal norteamericano, lo más relevante es que tales 'productos' de las agencias afectan (negativamente) a las actividades económicas, aunque pueden reconocer que tal afectación es necesaria para corregir los fallos del mercado (teoría del interés público) o, en otros casos, para proteger los intereses de los sometidos a dicho control (teoría del interés privado). Estas definiciones son, desde el punto de vista técnico jurídico, insuficientes. Sin embargo, han influido decisivamente sobre la perspectiva jurídica porque comparten con ésta la relación entre regulación y Agencias. Esto tiene pleno sentido por cuanto [...] la regulación surgió en el ámbito federal como una actividad de las Agencias. Por lo tanto, desde sus orígenes, regulación y Agencias han estado estrecha e íntimamente relacionadas": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., pp. 32-33.

38 "La evolución de la regulation en Estados Unidos vendría a acreditar lo que estamos afirmando. Para romper la visión mítica de la regulación (anclada en la novedad de la función pública de intervención neutral de la actividad económica) debemos analizar, como he dicho, la evolución de la regulation en Estados Unidos. Este análisis nos permitirá demostrar que su origen no está, como sostienen los mitólogos españoles, en las leyes de creación de las agencias federales y, en particular, la *Interstate Commerce Commission* por obra de la *Interstate Commerce Act* del año 1887. En esta fecha no nació ninguna nueva función, sino algo más modesto pero, a la vez, más importante: la intervención pública de la economía en el ámbito federal. A partir de aquí, esta intervención se fue ampliando, muy lentamente al principio y más rápidamente a lo largo de los años 30 del siglo pasado, hasta hacer surgir la necesidad de su control por los efectos perniciosos que, significativamente, fueron denunciados desde un primer momento": ibíd., p. 136.

39 "Las *Independent Regulatory Agencies* o *Independent Regulatory Commissions* nacieron en los Estados Unidos de América a fines del siglo XIX. La *Interstate Commerce Commission* (ICC) fue creada en 1887 por la *Interstate Commerce Act* de ese año. Si bien las agencias administrativas forman parte del gobierno desde la fundación de la República, la regulación moderna de las agencias es un fenómeno reciente. La *Interstate Commerce Commission* (ICC) fue creada en 1887 y la *Federal Trade Commission* (FTC) en 1914, pero será tan solo en la era del *New Deal* cuando las modernas agencias pasen a ser un característica relevante en el gobierno norteamericano": MARIANO CARBAJALES, ob. cit., p. 206.

El establecimiento de la noción jurídica de regulación como coetánea a la creación de las agencias reguladoras independientes en Estados Unidos representó una conceptualización de una función estatal, una caracterización e instrumentalización de una de las formas en que el Estado garantiza lo que le corresponde de antaño: la prevalencia del interés público⁴⁰; función que adquirió el *nomen iuris* de regulación.

La génesis de las agencias regulatorias se destaca, además, por ser la consolidación de la injerencia federal en materia económica, otrora reservada como órbita preeminente de competencia de las administraciones estatales. Esta consolidación se explica por el surgimiento de mercados cada vez más amplios, por la progresiva superación de las fronteras interestatales, y por la interrelación de las costas este y oeste del país, que permitió la integración de toda la Unión y potenció los prometedores mercados del centro del país.

Si bien es cierto el concepto jurídico de regulación se inauguró con la creación progresiva de las *ICC-type regulatory agencies*, los poderes efectivos de disciplina del mercado atribuidos a dichas agencias fueron objeto de gran debate, y solo llegaron a decantarse y afianzarse con el establecimiento del *New Deal* como consecuencia de la crisis de 1929, en donde la dirección pública de la economía se convirtió en una verdadera política de Estado, materializándose en una expansión del número de agencias y de sus poderes.

A aquella época también se atribuye la consolidación de lo que se denomina el derecho administrativo estadounidense⁴¹, con la expedición del *Federal Administrative Procedure Act* (1946), que definió los procedimientos por los que se regirían las agencias reguladoras, la garantía al debido proceso y la forma del control jurisdiccional de las decisiones regulatorias⁴².

40 "Al igual que las '*Independent Commissions*' norteamericanas, los *quangos* británicos [*quasi-autonomous non-governmental organizations*] están asociados al '*Welfare State*'. Esto es, a la actividad prestacional del Estado, especialmente en su planificación económica y social": *ibid.*, p. 219.

41 ALFRED AMAN, *Administrative Law and Process*, New Jersey: LexisNexis, 2006.

42 "No obstante ciertos importantes antecedentes [...] (como la creación de la *Interstate Commerce Commission* en 1887, la aprobación de la *Federal Reserve Act* en 1913 y la creación de la *Federal Trade Commission* en 1914), 'el nacimiento de la moderna regulación social y económica debe ser visto como parte de la reforma de la estructura constitucional americana del *New Deal*' (Sunstein, 1990: 19). El *New Deal*, como ha argumentado Sunstein (1990: 19 y ss.), tuvo dos principales propuestas de reforma del Estado: i) la ampliación de los derechos ciudadanos exteriorizada en la iniciativa del Presidente D. Roosevelt denominada *Second Bill of Rights* y ii) la reforma de la organización administrativa. La primera línea de reforma es sustantiva y de hondo calado respecto del papel del Estado. El reconocimiento de nuevos derechos (a la vivienda, bienestar, empleo educación y alimento) incrementó los cometidos del Estado por hacerlos realidad. El *Common Law* basado en la propiedad y en los contratos debía ser superado, como debía serlo el mercado. Ni uno ni otro estaban a la altura de los nuevos derechos. Esto condujo a lo que gráficamente Sunstein (1990: 19) ha denominado como el '*wholesale assault on the system of Common Law ordering*', porque 'ese sistema reflejaba principios anacrónicos, ineficientes e injustos del *laissez faire*'. El *Common Law* daría

La Orden ejecutiva 12866 de 30 de septiembre de 1993, titulada *Regulatory Planning and Review*, expedida por el Gobierno federal con el objetivo de hacer más eficientes los procesos regulatorios, nos ofrece una perspectiva de lo que entiende en la actualidad el derecho norteamericano por regulación como actividad encargada a las agencias reguladoras: "(d) 'Regulation' or 'rule' means an agency statement of general applicability and future effect, which the agency intends to have the force and effect of law, that is designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or to describe the procedure or practice requirements of an agency"⁴³.

Entonces, la regulación en el derecho norteamericano es una manifestación de una agencia gubernamental, de aplicación general y efecto futuro, que tiene la fuerza y el efecto de la ley, y que es diseñada para determinar, implementar o interpretar normas y políticas, o para describir el procedimiento y las prácticas dentro del ámbito de competencia de la agencia⁴⁴.

Las agencias reguladoras norteamericanas se caracterizan por ejercer funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, por disposición del Congreso en sus actos de constitución⁴⁵. Tal inusitada reunión de funciones es dilucidada por la doctrina en los siguientes términos:

paso al *Statute Law*. Esto significaría el paso desde el derecho judicial al derecho legislativo. El activismo del Congreso se vería reconocido con la preeminencia de su derecho frente al derecho de los jueces. El segundo componente de la reforma emprendida por el *New Deal* es organizativo. El *New Deal* está íntimamente asociado con la multiplicación de las Agencias Gubernamentales en el nivel federal. Así, en la década de los años 30 se crearon 17 nuevas agencias, un número ligeramente inferior al de las agencias creadas desde la aprobación de la Constitución norteamericana (26), o sea, en diez años se crearon tantas agencias como en ciento cincuenta años. Era una exigencia para desarrollar la nueva *economic and social regulation*. Las nuevas agencias rompían con tres obstáculos fundamentales para la ejecución del programa del *New Deal*: i) la tradicional separación de poderes puesto que la Agencia reunía los tres; ii) la politización de la *regulation* ya que la Agencia estaba formada por técnicos para afrontar los retos de los nuevos problemas; y iii) las competencias de los Estados porque fueron debilitadas a favor de la Federación, con el consiguiente incremento en el gasto y en la burocracia federales": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., pp. 159-160.

43 Orden Ejecutiva 12866 de 30 de septiembre de 1993. *Regulatory Planning and Review*. Federal Register vol. 58, n.º 190, Monday, October 4, 1993. Disponible en http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/eo12866/eo12866_10041993.pdf

44 Al respecto comenta Betancor: "Esta definición es [...] importante porque establece sobre la regulación los siguientes aspectos esenciales: i) *regulation* y *rule* son equivalentes; ii) es una declaración de aplicación general y efecto futuro procedente de una Agencia; iii) esta declaración tiene fuerza y los efectos de la Ley; iv) el objetivo de la regulación es implementar, interpretar o prescribir tanto leyes como políticas, así como los procedimientos y prácticas de una Agencia; v) la regulación incluye tanto actos como normas de las Agencias, de ahí que tenga los efectos y la fuerza propia del Derecho, es decir, la fuerza jurídica propia tanto de unos como de otros; y vi) sirve para ejecutar tanto normas como políticas": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., pp. 33-34.

45 "La agencia, o comisión reguladora federal, desempeña el rol principal, y los poderes públicos federales y las comisiones de los estados desempeñan, según el caso, roles de importancia diversa. [...] La agencia es la base de la administración federal estadounidense,

Junto con las funciones ejecutivas, las *ICC-type agencies* resolvían las controversias relativas a la violación de las *regulatory laws*, y ésta era una función de naturaleza típicamente judicial (no jurisdiccional) [...] En efecto, bajo la concepción norteamericana no es tan importante la "división formal de poderes" sino el real y efectivo "*check and balances*" (pesos y contrapesos) que hay que situar en todo el gobierno. Es decir, que ninguna esfera de poder quede sin control⁴⁶.

De manera que, para los efectos del objeto delimitado de este trabajo, el surgimiento de la regulación en el derecho norteamericano es fundamental para la recepción y consolidación de dicho instrumento a nivel global, en la medida en que:

- i) Constituyó la conceptualización jurídica de una función del Estado bajo una noción proveniente de disciplinas externas;
- ii) Definió –especialmente desde su consolidación con el *New Deal*– el molde de la regulación como función de dirección de los mercados con fines de protección del interés general;
- iii) Definió igualmente el modelo burocrático de agencia regulatoria independiente como entidad estatal encargada de la función de regulación, atribuyéndole una inusitada reunión de funciones de índole ejecutiva, legislativa y judicial.

4. INDIVIDUALIZACIÓN DEL CONCEPTO 'REGULACIÓN ECONÓMICA' COMO CATEGORÍA JURÍDICA DENTRO DEL DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO

Ante la ya identificada polisemia de la noción de 'regulación', la procedencia norteamericana del concepto jurídico y la especial atención que merece su implantación en sistemas de derecho de tradición jurídica continental europea, se hace necesario circunscribir un significado de 'regulación' que acote a la herramienta de dirección estatal en la economía caracterizada por estar orientada a la eficiencia y la competencia en mercados neurálgicos, con el fin de materializar la prevalencia del interés general y el buen funcionamiento de la economía.

Betancor propone la siguiente conceptualización jurídica de regulación:

La regulación es i) el poder de intervención o control en manos de una Administración y, singularmente, en manos de una agencia administrativa independiente denominada precisamente como agencia reguladora o regulador, que ii) tiene por objetivos los de interés general establecidos en la correspondiente Ley, para lo

creada por el Congreso. Éste le delega poderes legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales": DOMINIQUE CUSTOS, "La noción estadounidense de regulación", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. 1, cit., p. 195.

46 MARIANO CARBAJALES, ob. cit., p. 207.

que iii) controla el ejercicio de actividades económicas amparadas en las libertades correspondientes por lo que, para racionalizar su ejercicio y, en particular, controlar su ámbito de discreción, iv) es un poder sometido a ciertos principios jurídicos como los de razonabilidad, proporcionalidad e intervención mínima o *favor libertatis*; v) una proyección específica de estos principios y, singularmente del último expuesto, es la conexión que se proclama entre la regulación y la teoría de los fallos del mercado. Al establecerse que la regulación debe ser regulación para la competencia sólo se quiere racionalizar el poder mediante la exigencia de que sólo debe haber regulación cuando hay un fallo del mercado (principio de subsidiariedad) y sólo en la medida necesaria para corregirlo (principio de proporcionalidad)⁴⁷.

A la conceptualización precitada sólo agregaríamos una adjetivación⁴⁸ del término 'regulación' con la inclusión de su carácter técnico, construyendo así el concepto de 'regulación económica' como materia del derecho público económico y de la ciencia económica; la construcción adecuada del concepto permite que inspire el verdadero sentido material de su contenido: la integración multidisciplinaria de la labor jurídica junto con la técnica económica.

La 'regulación económica' es un instrumento de dirección estatal de la economía por medio del cual el Estado, representado en una agencia administrativa, estructura y desarrolla una serie de disposiciones mediante las cuales disciplina las dinámicas económicas con el fin de abogar por el funcionamiento adecuado de mercados específicos, dentro de los marcos fijados para ello por el ordenamiento jurídico, y persiguiendo siempre la materialización del interés general⁴⁹.

47 ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 189.

48 "Una nueva intervención pública en la economía que ha supuesto la irrupción con fuerza también de una nueva expresión: regulación. Un término nuevo para denominar una política nueva. Pero un término que sugiere algo distinto, es portador de novedad y de ahí la eclosión en su uso, pero ello no debe esconder que su manejo se produce en campos muy distintos, en registros muy diversos y que no ha sido todavía en el campo del derecho objeto de delimitación precisa. Por ello deberemos delimitar su significado para luego precisar una aceptación más rigurosa en relación a determinadas políticas que caracterizan el papel del Estado en la economía, ya no con carácter general, sino cuando esta intervención responde a determinadas necesidades y pretende cumplir ciertos fines. Unos fines que podemos sintetizar con los enunciados de 'eficacia y equidad'. Por ello estaremos necesariamente abocados a adjetivar la regulación, utilizando el concepto de regulación económica": ELISENDA MALARET I GARCÍA, "Administración pública y regulación económica", *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander: Cizur Menor - Thomson Aranzadi, 2007, p. 127.

49 "La regulación se distingue de los modos clásicos de intervención del Estado en la economía. En términos generales, la regulación consiste en supervisar el juego del mercado, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortiguar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento del equilibrio del conjunto social. A través de la regulación, el Estado no se constituye como actor sino en 'árbitro' del mercado, limitándose a poner las reglas de juego a los operadores y esforzándose en armonizar sus acciones": LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA, "Regulación económica: dere-

La regulación económica permite la conjugación de la técnica económica y la ciencia jurídica para la consolidación del libre mercado, la libre competencia y los derechos de los usuarios, no como fines en sí mismos, sino como medios que permiten alcanzar el objetivo encomiable del Estado social de derecho: la satisfacción del bien común⁵⁰.

Entonces, podemos pensar en la regulación económica como una técnica interdisciplinaria en que confluyen abogados y técnicos, con un enfoque eminentemente económico —en esa integración propia del derecho económico—, diseñada para corregir fallas en el mercado y promover su eficiencia y estabilidad⁵¹. El concepto jurídico de regulación económica implica una categorización ontológica de los esfuerzos de la técnica económica hacia la consolidación de los fines del Estado social de derecho. Así, si bien se morigera la intervención en sentido estricto como instrumento de dirección de rango legal, no se abandonan las funciones del Estado y su definición y compromiso social.

La existencia del Estado es *conditio sine qua non* de la regulación económica pública, pues es en el Estado en donde reside el monopolio del poder que brinda obligatoriedad y coercibilidad a las disposiciones regulatorias; y porque es al Estado al que se le ha encomendado la preocupación por el bienestar social⁵².

cho, eficiencia e instituciones", *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional: hacia un derecho eficiente*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 230.

50 "... la regulación ya no está comprendida dentro de una óptica exclusivamente económica y de competencia, sino integrada a objetivos no económicos, que llamaremos sociales, en un sentido amplio, para expresar que no están orientados a buscar una eficiencia económica. Diremos que la regulación es una función del poder público que procura producir un compromiso, que se impone a los agentes económicos mediante técnicas jurídicas en un mercado competitivo, entre valores que pueden ser antinómicos, entre objetivos económicos y objetivos sociales, o, si se prefiere, que es una función del poder público que tiene el propósito de satisfacer necesidades colectivas mediante actividades económicas en régimen de competencia. Los objetivos sociales, en el sentido indicado, corresponden a regímenes jurídicos distintos, con los que el régimen de competencia debe transigir": GERARD MARCOU, *ob. cit.*, p. 40.

51 Villegas Carrasquilla se vale de Chevallier (CHEVALLIER, *Les dérèglementations*, Paris: IFSA, Economica, 1998, p. 58) para precisar cómo la regulación supone: "(i) una posición de exterioridad respecto del mercado, (ii) capacidad de arbitrar los diferentes intereses, y (iii) una acción continua con el fin de proceder a realizar los ajustes necesarios. Su ejercicio se realiza a través del derecho, pero en comparación con las herramientas jurídicas clásicas de intervención del Estado (*v.gr.*, la reglamentación económica), la regulación se presenta como un derecho ligero, pragmático, flexible, elaborado estrechamente con los receptores de la intervención (*v.gr.*, los agentes económicos) y reajustado permanentemente de acuerdo con los resultados obtenidos": LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA, *ob. cit.*, p. 230.

52 "Si inscribimos la regulación en el mundo del derecho, si le damos a este término un significado y un alcance jurídico, hay ciertamente que pasar por el Estado, que sigue siendo hasta nueva orden capitán de a bordo, es decir, aquel que está en capacidad de decir, en el espacio que es suyo, aquello que es del dominio del derecho, de la categoría 'derecho', y aquello que no. El Estado, como espacio privilegiado de observación, no sabría estar ausente del análisis de la regulación y de los usos que de ésta hacen la doctrina o el de-

Y más concretamente, la regulación económica encuentra en la administración pública su escenario natural, integrando lo que se conoce como la 'administración pública económica'⁵³.

Ahora bien, frente a la diferenciación entre las reglas de coordinación y las reglas de operación⁵⁴, es claro que la regulación económica no es una regla de coordinación –espontánea; es una conducta inducida en la que se hace necesario un incentivo. Ahora bien, la regulación económica como norma, tiene fuerza deóntica, genera deberes dirigidos no en forma abstracta, sino en concreto, a los agentes del mercado regulado. El quebranto del deber jurídico es sancionado generalmente en instancia no judicial, sino administrativa, por el órgano llamado a inspeccionar, vigilar y controlar el mercado y sus agentes⁵⁵.

La regulación económica no tiene cabida en modelos de intervención pura, pues en ellos se dirige la economía a través de la intervención legal de la economía. La regulación económica se presenta en modelos en donde la dirección económica del Estado se ejerce a través de la intervención económica en sentido estricto (mediante la ley) y la regulación económica (a través de actos administrativos).

La regulación económica especializa la dirección económica estatal en virtud de la alta competencia que requieren mercados específicos y hace que la función reguladora sea fundamentalmente técnica –de allí la necesaria presencia de expertos– y dinámica, por lo que no puede estar permanentemente sujeta a las complejidades políticas y temporales propias del procedimiento legislativo. Así las cosas, la política general es establecida por el Estado a través de las leyes de intervención. Dichas leyes de intervención encargan a la regulación

recho positivo. Por el contrario, el Estado está siempre omnipresente": FRANK MODERNE, "Los usos de la noción de 'regulación' en el derecho positivo y en la doctrina jurídica", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. 1, cit., p. 98.

53 "En efecto, a nuestro entender, es en la regulación económica en donde se pueden observar los tres elementos que consideramos 'clave' de la nueva Administración: la descentralización administrativa (a través de las denominadas 'agencias o autoridades independientes' o 'entes autónomos reguladores', fenómeno también llamado 'descentralización funcional'); la discrecionalidad técnica (otorgada a esos entes para el adecuado cumplimiento de sus funciones), y finalmente, como consecuencia de lo anterior, el control judicial sobre los actos de esta 'nueva' administración (exigidos por el Estado de Derecho). Estas características las consideramos esenciales e incluidas en lo que cierta parte de la doctrina ha denominado 'administración económica', o 'administración jurídica de la economía', que justifica, a nuestro entender, el concepto que hemos acordado utilizar para reflejar estos cambios producidos en la realidad económica y jurídica llamada: 'Estado Regulador': MARIANO CARBAJALES, ob. cit., p. 71.

54 V. VALDERG, *Racionalidad y reglas*, Barcelona: Gedisa, 1999.

55 Que adquiere diferentes nombres y formas dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate, y que en ocasiones es la misma agencia reguladora.

los temas técnicos específicos que por su complejidad y especificidad deben ser atendidos por expertos a través de actos administrativos⁵⁶.

Partimos entonces de la premisa fundamental de que la regulación económica es un instrumento distinto e independiente dentro del universo de la dirección económica pública⁵⁷. La regulación económica se diferencia de la intervención –en sentido estricto– en su intensidad y medio, pues la regulación económica es más disminuida, morigerada y de coyuntura, sin que esto último signifique que la actuación sea episódica: hay una vigilancia o monitoreo permanente (el mercado es objeto de observación constante), lo que sucede es que el nivel normativo solo se hace visible en el momento de la falla o en el que los signos indiquen que hay algún síntoma que debe ser enervado para evitar consecuencias que, de producirse, puedan ser de más difícil reversión. Lo anterior describe dos ámbitos de la regulación: la regulación preventiva y la regulación correctiva. La primera anticipa una situación evitando su desencadenamiento, la segunda corrige un fallo.

Una y otra actuación regulatoria, la preventiva tanto como la correctiva, deben ser razonables, razonadas y proporcionales; no hay pues espacio a la arbitrariedad, sino un actuar de las autoridades en lo propio del Estado de derecho, que obliga a que los actos administrativos –no discrecionales– sean motivados. Motivación que permite su control en los motivos (racionalidad)

56 "Para armonizar el derecho y la economía, el Estado tiene que dar las herramientas para el adecuado funcionamiento de una economía de mercado. Tradicionalmente, estas herramientas eran la actividad de policía administrativa y la empresa pública. Hoy cuenta con herramientas más modernas como la defensa de la competencia, la defensa de los consumidores y usuarios y la protección del medio ambiente, el urbanismo y la regulación de los servicios públicos esenciales": MARIANO CARBAJALES, ob. cit., p. 71-72.

57 "La identificación del campo de intervención cubierto y de la perspectiva o finalidad de la misma –liberalización en el contexto del modelo europeo de sociedad– nos permite ya delimitar positivamente la regulación que nos interesa ahora en este trabajo, esto es la regulación que obedece a razones de índole económica, a consideraciones derivadas de la asignación de recursos escasos. Pero una intervención pública que persigue objetivos de eficiencia en la asignación de los factores de producción y en este quehacer toma en consideración aspectos relacionados con la equidad y el bienestar. Por ello a veces se adjetiva esta regulación como económica, lo que permite enfatizar la naturaleza de las razones estrictamente que guían esta intervención, dejando al margen razones sociales (o que privilegian la defensa de los derechos de los trabajadores), medioambientales [...]. Lo que en nuestro entender supone partir de un concepto amplio y formal de bienestar definido como satisfacción subjetiva de necesidades que depende de la asignación de recursos escasos. Y por ello los procedimientos públicos de selección y determinación de las necesidades colectivas son determinantes para la concreción de las formas y grados de bienestar de una sociedad determinada. Por ello no nos parece pertinente equiparar regulación con intervención pública en la economía como a veces puede encontrarse en la literatura americana menos especializada. La ampliación en esta dirección convierte la noción en inutilizable para caracterizar las funciones del Estado. Hay que operar con un concepto estricto": ELISENDA MALARET I GARCÍA, *Administración pública y regulación económica*, ob. cit., p. 8.

y en la adecuación proporcional de la medida tomada con la situación a conjurar (razonabilidad).

De esta manera la regulación económica expresa una voluntad administrativa y como tal está sujeta al control judicial, pudiendo ser invalidada en las condiciones de cualquier acto administrativo. Igualmente, la condición administrativa del acto regulatorio puede generar responsabilidad, así que abre el espacio para que quien sufre la lesión a un derecho legítimo pretenda su reparación. Desde el punto de vista del control de legalidad de los actos administrativos regulatorios es preciso tener en cuenta que están subordinados a la Constitución, la ley y los reglamentos.

Otro aspecto interesante es que la regulación económica representa un reto administrativo que plantea una legitimidad no solamente por la eficiencia y eficacia de la medida administrativa, sino también por la participación. Desde esta última perspectiva, no solo se atiende a la obtención de la finalidad (eficacia), a la relación con costo-beneficio (eficiencia), sino a la participación de los agentes del mercado que van a ser sujetos de la regulación económica. De esta manera, la práctica administrativa es que el regulador socialice antes de la adopción los proyectos regulatorios⁵⁸.

Las notas características de la regulación económica la separan de la intervención en sentido estricto. Esta se ejerce única y exclusivamente a través de la ley, sobre las materias y para los fines específicos que determine el reparto competencial consagrado en la Carta Política, y no está sometida a una socialización distinta a la que se produce en los debates parlamentarios que preceden la adopción legal.

La regulación económica es un instrumento normativo fundamentalmente técnico, su objeto es el mercado –segmentos del mercado específicos– y su función, resolver las perturbaciones que se presentan en dicho mercado regulado con la finalidad de asegurar el bien común a través de la estabilidad y la eficiencia. La regulación económica atiende a las dinámicas propias de los mercados específicos que regula⁵⁹. De esta manera la regulación económica atiende más a la microeconomía, al comportamiento de agentes en el mercado, que a la determinación económica de política estatales, asuntos propios de la macroeconomía.

La norma regulatoria siempre es una decisión elástica, flexible, pues está diseñada para ajustarse a la coyuntura que pretende regular. La regulación económica sustituye la voluntad del agente, reduciendo la complejidad del mercado

58 En tal sentido el mandato del artículo 8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

59 "El Estado debe regular la economía con el propósito de lograr el equilibrio en las relaciones económicas, estableciendo una racional utilización de los medios de producción y una equitativa distribución de la riqueza": ELISENDA MALARET I GARCÍA, *Administración pública y regulación económica*, cit., p. 110.

y generando una condición de certeza y seguridad: el privado cede el riesgo al regulador. La especificidad técnica, la necesidad de eficiencia y eficacia, y la relación entre el regulador y el regulado, son factores fundamentales de la existencia de la regulación económica como técnica de dirección estatal de la economía, dentro del marco del ordenamiento jurídico⁶⁰.

Como instrumento técnico, la regulación económica pretende efectuar una reducción de la complejidad de los problemas del mercado, para así poder identificarlos, racionalizarlos y generar las acciones y decisiones que sean necesarios. Para ello, debe analizar el estado actual del mercado y sus reacciones a las acciones actuales, de tal manera que se identifiquen los desequilibrios y fallas del mercado para prever nuevas acciones, y tomar las decisiones para corregirlas⁶¹. Al mismo tiempo, la regulación económica debe prever los efectos que dichas acciones y decisiones van a tener sobre el mercado.

Para gozar de legitimidad, las acciones y decisiones regulatorias deben tener una evaluación necesaria de eficiencia, eficacia y aceptación por parte del sujeto regulado: i) eficiencia, que implica necesariamente una valoración económica de los impactos de las medidas; ii) eficacia, relacionada con el alcance de las finalidades perseguidas con la decisión o acción tomada; y,

60 "En materia de administración económica, concretamente, se exige de ésta la actuación de forma rápida y eficaz, discreta y reservada, negociada y pactada con los afectados directamente por sus decisiones; la necesidad de ponderar entre complejos intereses en juego de los distintos operadores económicos; la asunción de facultades que en principio corresponden al Parlamento (funciones delegadas), etc. Como contrapunto de estas facultades, se torna necesario un marco jurídico estable que garantice el principio de 'seguridad jurídica' [...] que el nuevo 'Estado Regulador' se ve obligado a garantizar por exigencia constitucional [y que] debe armonizarse, como hemos visto, con las necesarias facultades discrecionales que permitan su actuación eficaz, en una palabra, con otro principio de igual valor, como es el de 'eficacia administrativa'. Esto requiere técnicas muy precisas que deberá poseer la administración al elaborar las normas pertinentes (certeza y legalidad) para la regulación, así como las mismas técnicas regulativas que debe adoptar cada uno de los sectores de la economía en que debe regular, como al establecer su organización, tanto interna como externa (eficacia administrativa). Todo ello, siempre acompañado de la debida transparencia que no sólo se manifiesta a través de la publicidad de los actos de la administración sino también mediante la exposición fundamentada de todas sus decisiones para que la necesaria discrecionalidad no se convierta en 'arbitrariedad': *ibíd.*, pp. 84-85.

61 "En el sentido más estricto que aquí proponemos, la regulación —pública— está básicamente orientada a sustituir el papel del mercado y los distintos agentes que en él operan —no sólo los consumidores entendidos como usuarios finales, sino también proveedores y futuros entrantes—, a sustituir el mercado en cuanto este no garantiza una eficiente asignación de recursos. Pero una intervención que parte de la no existencia del mercado —el monopolio— o de las deficiencias en el correcto funcionamiento del mismo —externalidades negativas, bienes públicos, asimetría informativa...— para obtener unos resultados equivalentes a los del mercado, o en todo caso en la misma dirección, imitando el mercado. La regulación es para y con el mercado. La regulación no es indiferente al mercado y toma muy en consideración las señales, la información que suministra el mercado —por ello las autoridades que desempeñan cometidos en este campo tienen determinadas características": *ibíd.*, p. 366.

iii) aceptación de la medida regulatoria, pues el grado de conformidad y cumplimiento de la decisión o acción tomada estará determinado por el grado de legitimidad con el cual haya nacido la medida, lo cual se asegura mediante la publicidad, la participación de los sujetos regulados, la transparencia e imparcialidad del regulador, previniendo la captura del regulador, y exigiendo que sus decisiones se encuentren efectiva y suficientemente motivadas en los fundamentos fácticos y jurídicos adecuados.

5. LA IMPORTANCIA DE LA ADECUACIÓN DE LA NOCIÓN DE REGULACIÓN DE CUÑO ESTADOUNIDENSE A LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL EUROPEA

La historia de los *public utilities* en los países de tradición jurídica continental siguió un rumbo distinto que el de sus contrapartes estadounidenses, pues mientras que estos últimos vivieron una época de auge regulatorio desde el *New Deal* hasta el proceso de desregulación de la era reaganiana, los primeros se mantuvieron en condiciones de monopolio hasta que comenzó a hacer carrera (en la década de 1980) la necesidad de liberar los mercados para materializar los beneficios de la competencia a favor de la ciudadanía, y para llevar a cabo los mantenimientos y expansiones de red necesarios de cara al futuro.

La doctrina ubica entonces el desembarco del concepto de regulación en la Europa continental como consecuencia de los procesos de liberalización de los mercados impulsados desde la Unión Europea (y que repercutió posteriormente en los sistemas jurídicos latinoamericanos de herencia continental europea), con el fin de desmontar –cuando ello fuese técnicamente posible y económicamente eficiente– aquellos sectores que antes se caracterizaban por la presencia de monopolios, que no permitían materializar los beneficios sociales provenientes de la libre competencia (como la reducción de los precios, el aumento de la calidad de los servicios prestados, la expansión de la cobertura y de la diversidad de oferentes)⁶².

62 "La idea de regulación emerge en Europa en el contexto de los procesos de liberalización económica y fundamentalmente para caracterizar el tipo de intervención estatal que se desarrolla en aquellos sectores que anteriormente tenían un régimen jurídico caracterizado por la nota del monopolio. Un monopolio legal que se fundamentaba en razones de índole diversa –tecnológicas, económicas, políticas–. Un monopolio que incidía sobre servicios que tenían como soporte necesario unas infraestructuras estructuradas en red (esto es, aquellas para las que el efecto red es determinante para su economía), por ello no podemos ignorar que una parte cualificada de las actividades presentaba los rasgos característicos del monopolio natural. La regulación económica (diferenciada de la regulación por razones sociales como explicita la literatura especializada americana), la regulación a la americana, tiene su razón de ser en la existencia de un monopolio, un monopolio soporte de utilidades públicas, de servicios que favorecen la integración de los mercados, la circulación de las personas y las mercancías –de ahí la centralidad de la energía y las

En este contexto, no se puede perder de vista que la conceptualización jurídica de la regulación dentro del derecho norteamericano dejó unas claras marcas en su código genético⁶³. El carácter utilitario mediante el cual se integra permanentemente el ordenamiento jurídico de tradición anglosajona hace de la norma un instrumento en la toma de decisiones, siempre sometidas a un análisis costo-beneficio.

La cultura jurídica anglosajona está informada por los parámetros religiosos puritanos, que tienen un amplio sentido de lo colectivo, de lo congregacional⁶⁴. La congregación genera un criterio de autonomía entre quienes profesan una misma creencia. La autonomía, la autodeterminación y la práctica electiva generan un amplio reconocimiento de la integración de lo individual con una conciencia de lo colectivo, lo que influye en términos de convivencia, donde la propia individualidad y la del otro buscan normas de coordinación, más que la obediencia a normas impuestas desde un centro ajeno de poder –modelo propio de las iglesias episcopales. En este contexto, el receptor normativo de tradición anglosajona no considera la norma como extraña –que esclaviza– sino como una auto-imposición, en el sentido expresado por Rousseau en *El contrato social*⁶⁵.

comunicaciones–, de servicios destinados o mejor aptos para ser utilizados por todos los ciudadanos o las empresas. Este destino público o esta utilidad general fundamenta los poderes de intervención del Estado sobre las empresas, justifica la limitación de las facultades inherentes al derecho de propiedad y a la libertad contractual. Un monopolio que requería una fuerte disciplina jurídica si estaba en manos privadas, como era la regla en EEUU. Un monopolio que requería, para mantenerse como tal, cobertura legal. El derecho, la intervención estatal tenía que acotar, limitar, en definitiva disciplinar coactivamente el poder que suponía o supone la posición de monopolio. De ahí la gama de intervenciones públicas que podemos intentar sintetizar en torno a dos ideas: a) limitación del ámbito de actividades de la empresa monopolista –y correlativa prohibición de operar en campos conexos–, con la imposición de la desagregación o segmentación en su caso, y b) control de la política tarifaria y por extensión de las condiciones de producción –señaladamente las inversiones–. La regulación pretendía evitar la asunción privada de las rentas del monopolio”: *ibíd.*, pp. 332-333.

63 “El significado primigenio de *regulation* es sinónimo de *Law*. Es un sustantivo que está incorporado a la lengua inglesa desde el año 1665. Lo relevante del significado inglés es que la regulación es sinónimo de Ley, de *rule* o de *order*, o sea, de norma o de acto, procedente de una *executive authority or regulatory agency of government*. A partir de este significado, el término fue evolucionando hasta que los autores pero también las normas lo utilizan para referirse de manera genérica a todo lo que hace una *Agency* [...] *Regulation* es un término con el que se quiere describir genéricamente las actividades de una Agencia (reguladora) respecto de la libertad económica de unos sujetos”: ANDRÉS BETANCOR, *ob. cit.*, p. 185.

64 En el sistema continental, el derecho obedece a un modelo antropológico y político diferente, donde el hombre tiene un respeto mesiánico a lo normativo, a tal punto que la norma no se cuestiona, la posición del sujeto es reverente y no instrumental.

65 Cabe anotar que Rousseau era ginebrino, formado en la casa del calvinista Lamercier durante dos años 1722-1724, donde aprendió relojería, y que Jacques Bernard, su abuelo, era calvinista.

El paradigma de aproximación al derecho en la tradición anglosajona percibe al ordenamiento como una herramienta: la norma se desacraliza y se seculariza el contenido de lo jurídico, haciendo de ella un elemento más dentro del conjunto de factores a analizar para la toma de una decisión cualquiera de impacto intersubjetivo, precedida del cálculo de utilidad. Tal cosmovisión permite la inusual reunión de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales atribuidas a las agencias regulatorias norteamericanas.

La condensación de las tres funciones públicas por antonomasia (legislar, administrar y juzgar) en cabeza de un solo ente es extraña a los pilares del modelo jurídico continental europeo: riñe con el principio de legalidad (propio de este sistema), puesto que los actos de las agencias reguladoras son actos de la administración, que necesariamente se encuentran subordinados a la Constitución y a las leyes. La administración, al no tener la competencia legislativa, debe someter sus actos a las leyes, fuente de su competencia y límite de su actuar. Una competencia legislativa en un órgano ejecutivo desfigura el principio de legalidad pues permite la equiparación del acto administrativo a la ley, entre instituciones que bajo la égida del principio de legalidad mantienen una relación jerárquica y no equivalente⁶⁶.

La interpretación de la función de regulación y del funcionamiento de las agencias regulatorias encargadas de dicha función en la cultura jurídica con-

66 Malaret dedica un acápite denominado "¿Crisis y transformación del principio de legalidad en su acepción de primacía de la ley emanada del parlamento?" en su pluricitado artículo *Regulación económica: su instrumentación normativa*, para proponer la discusión sobre la paradoja actual que representa el sistema de fuentes de la regulación, paradoja que define como "ver la adecuación a los postulados de la liberalización económica (reiteradamente enunciados en los preámbulos de los distintos decretos-leyes) y la estimulación de la competencia de una política que ha encontrado en los decretos-leyes y las leyes de acompañamiento su instrumentación privilegiada": ELISENDA MALARET I GARCÍA, ob. cit., p. 349; concluyendo para estos efectos: "Por ello deben buscarse nuevos equilibrios que permitan aquilatar las exigencias propias del Estado de Derecho y el principio democrático con las funciones del Estado regulador. En esta dirección, parece que de nuevo la seguridad jurídica deberá operar de modo complementario a otros principios o reglas constitucionales. En esta dirección, entiendo que de nuevo cobra toda su operatividad la reserva de ley entendida como límite al legislador. Límite que como ya señaló De Otto tiene su fundamento en la legitimidad democrática que deriva de la garantía de un procedimiento transparente, abierto público, contradictorio. En esta perspectiva, la noción de deliberación suministra pautas sustanciales, enfatiza la idea de debate. Y en estas exigencias de una deliberación pública, de un diálogo estriba la reserva de ley. Una deliberación que para que efectivamente tenga este carácter requiere el respeto de unas reglas de juego que garanticen la confrontación de pareceres efectiva y real. Corolario de estas exigencias parece que deberán exigirse ciertas condiciones. Un debate que debe ser comprensible para los ciudadanos destinatarios últimos de la decisión y actores fundamentales del control político. El procedimiento legislativo, su transparencia no sólo permite decisiones de mejor calidad, más pensadas y equilibradas desde la perspectiva de la diversidad de intereses en presencia, sino que es cauce fundamental del control democrático": *ibíd.*, p. 359.

tinental debe ser efectuada con gran precaución y con profundo respeto de las instituciones y principios que estructuran y orientan cada ordenamiento jurídico⁶⁷.

Cierto es que la función de regulación se ha mostrado necesaria para disciplinar los distintos mercados con el fin de promover el bien común y la justicia distributiva (y en tal sentido la recepción pura del modelo anglosajón es completamente compatible). Pero no menos cierto es que en la implantación de los modelos regulatorios en los países cuyos ordenamientos jurídicos pertenecen a la tradición continental europea se deben tener en cuenta la tridivisión de poderes, las garantías fundamentales y los principios cardinales derivados del constitucionalismo moderno (como la legalidad, la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad), en orden a adaptarlos a las condiciones propias de los ordenamientos jurídicos internos.

Copiar indiscriminadamente los modelos sin generar las sinergias necesarias para su acoplamiento e implementación en los ordenamientos internos es un completo sinsentido⁶⁸ que termina causando más problemas que los que pretende solucionar⁶⁹.

67 "La experiencia norteamericana y británica es bien distinta y ha dado origen a distintos modelos de administraciones independientes, aunque con ciertos elementos comunes. Entre ellos podemos citar principios como el de participación ciudadana, la descentralización, y otros más políticos como el de pragmatismo y constitución de instituciones *ad hoc*, que complican bastante el panorama de quienes, como nosotros, pretenden elaborar un concepto más o menos universal válido para definir este tipo de entes. Todo ello se explica, como es lógico, por sus sistemas jurídicos, y principalmente, por su sistema constitucional, lo cual permite más libertad y flexibilidad que el sistema continental europeo en el momento de crear y diseñar instituciones que permitan una mayor agilidad y eficacia en la administración del Estado": MARIANO CARBAJALES, ob. cit., pp. 205-206.

68 "... no se pueden copiar los modelos de gestión administrativa de otros países, sacándolos de su contexto y su sistema jurídico e implantarlos, sin más, en otro": ELISENDA MALARET I GARCÍA, ob. cit., p. 220.

69 "... los conceptos importados de otras culturas jurídicas operan inicialmente como meros sintagmas de contenido impreciso; pero, poco a poco, la investigación va revelando todos los contenidos y significados que poseen en el lugar de origen, los cuales tratan de aplicarse en el seno del país importador, y no siempre con los mismos efectos benéficos que surten en el ordenamiento donde se gestaron. En Europa comenzamos a hablar de '*regulation*' hace menos de veinte años sin saber muy bien en qué consistía; hoy tenemos una completa noticia de su significado, y ya se propugna que las Administraciones continentales (y la comunitaria) adopten las formas de actuación características de las agencias norteamericanas, y muchas de aquellas han empezado a operar como tales. Y lo mismo sucede en otros campos del derecho: el '*trust*' es una institución que funciona aceptablemente bien en el tráfico jurídico del Reino Unido, pero su utilización en la Europa continental ha servido para dar cobertura y aparente honorabilidad a los mayores fraudes patrimoniales. Más aun. La peligrosidad inherente a los conceptos jurídicos se multiplica en el campo del derecho público, donde cualquier nueva noción teórica tiende a ser convertida por los poderes públicos en un nuevo título de intervención o en una fuente de nuevas inmunidades. Y, por ello, el concepto de regulación entraña el considerable riesgo de incitar a

Estas advertencias son de gran relevancia y actualidad si consideramos que la labor regulatoria del Estado cada vez se hace más densa y extensa, lo que representa la necesidad de profundizar las discusiones desde el punto de vista de los reguladores, los sujetos regulados y los consumidores respecto de cuál es el alcance que puede tener la regulación económica como herramienta técnico-jurídica que, dentro de nuestro sistema de fuentes, debe respetar tanto la jerarquía normativa como los contenidos y límites que se desprenden de su calidad de acto de la administración.

Las condiciones económicas actuales imponen el reto de evaluar el funcionamiento del concepto de regulación económica dentro de nuestra tradición jurídica, a estas alturas en que se encuentra ya decantado, siendo críticos frente a su adecuación a los principios que constituyen la base de la estabilidad y de la seguridad jurídica⁷⁰, y frente a su eficiencia respecto a las finalidades solidarias que la justifican⁷¹.

las Administraciones europeas a actuar al estilo americano, un estilo que dota a las agencias de unos poderes extraordinarios no previstos en las leyes y que convierte a los jueces en auténticos administradores adjuntos de aquellas": JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, "Sectores regulados y competencia: un dilema complejo", en *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid: Iustel, 2011, p. 25.

70 "Iniciada y desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas del siglo pasado, casi treinta años después ya podemos analizar, con cierta perspectiva, las claves institucionales de dicho proceso [el de liberalización e incursión de la regulación en el ámbito continental europeo]. Ya podemos hacer un balance de qué es lo que ha quedado en términos de instituciones en manos del Estado. Nos podemos interrogar sobre las instituciones [de] las que éste se sirve para seguir desplegando las funciones sociales que democráticamente tiene asignadas": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 27.

71 "La eclosión de una nueva función estatal, la regulación, se produce en paralelo a una flexibilización del principio de legalidad. De un principio de legalidad que debe ser entendido en su acepción de primacía del legislador en cuanto garantía de un procedimiento transparente de elaboración del derecho. Sin embargo, la regulación parece discurrir en el sistema jurídico español por cauces alejados de los postulados clásicos del Estado de Derecho liberal. La emergencia de un derecho poco previsible, aleatorio y en proceso de adaptación continua a la realidad social desconcierta. El Derecho es cada vez más desordenado, complejo y movedido. Algunos preconizan un retorno a la edad de oro, sinónimo de orden, simplicidad y estabilidad. Los requerimientos propios del Estado social, de la integración de las economías contemporáneas, del correcto funcionamiento del mercado evidencian lo ilusorio de este propósito. Las transformaciones de las funciones estatales que hemos caracterizado como regulación no pueden suponer el desplazamiento de los principios y reglas que conforman el Estado social y democrático de Derecho. Ello requiere la reformulación de nuevos equilibrios en la articulación de los poderes. En esta perspectiva los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley están llamados a desempeñar un papel fundamental. El principio de seguridad jurídica entendido como mandato de certeza desarrolla su operatividad en la esfera de la creación del Derecho y configura un criterio rector para la delimitación del espacio reservado a la ley, a la ley tramitada en un procedimiento parlamentario que garantice la confrontación y el debate abierto": ELISENDA MALARET I GARCÍA, *Regulación económica: su instrumentación normativa*, cit., p. 360.

6. OBJETO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA: EFICIENCIA, FALLOS DEL MERCADO, CALIDAD DEL SERVICIO, COBERTURA Y PRIMACÍA DEL CONSUMIDOR

La evolución del Estado hasta el actual modelo social de derecho significó la garantía al ejercicio de las libertades económicas dentro del marco racionalizador del poder, que interfiere en procura de la eficiencia de los mercados como instrumento para materializar la equidad social. En el Estado social de derecho la justicia distributiva –preocupación tanto de juristas como de economistas– se logra a través de los diferentes instrumentos de dirección económica pública, que al ser utilizados dentro del marco normativo que les rige (constitucional, legal y reglamentario) posibilitan que el Estado materialice sus fines de bienestar social.

El liberalismo puro (de corte *lesseferista*) ya ha sido superado tanto ideológica como empíricamente, dando paso a una perspectiva en donde se favorecen las libertades económicas, ya no de forma ilimitada sino bajo la dirección del Estado, que mediante el uso proporcional y razonable de una serie de herramientas disciplina los mercados con el fin de menguar el egoísmo –que les es propio– y tender hacia condiciones de mayor equidad en la distribución de los recursos y de justicia social.

La atribución al Estado de potestades regladas de injerencia en el funcionamiento de las dinámicas económicas tiene un fundamento que funciona como justificación racional a la interferencia en el funcionamiento de las libertades económicas. La regulación económica como instrumento de dirección estatal de la economía ha encontrado tradicionalmente en la eficiencia su respaldo técnico económico: la eficiencia funciona como paradigma que se persigue con el fin de que las dinámicas económicas sean lo más eficaces y equitativas⁷² posible en las actuales condiciones de la tecnología y de la ciencia.

El modelo de competencia perfecta es utilizado como baremo de referencia de las condiciones ideales en las que la dinámica de un mercado produciría una asignación eficiente de los recursos⁷³. Sin embargo, ningún mercado es

72 "El bienestar social exige, por un lado, la eficiencia productiva y, por otro, la asignativa. Es decir, producir utilizando los mínimos recursos posibles –dado el estado de la tecnología– y, al mismo tiempo, que estos se asignen a los distintos usos de tal forma que el resultado final sea un óptimo paretiano no pudiéndose encontrar cualquier otra asignación alternativa que sea preferible": JUAN FERNÁNDEZ DE CASTRO y NÉSTOR DUCH, *Organización industrial. Un enfoque estratégico*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002, p. 186.

73 "La teoría económica nos explica por qué el desarrollo de mercados competitivos constituye un objetivo de política económica y por qué precisamente por ello es necesario un sistema de normas de defensa de la competencia. Un mercado competitivo conduce a una asignación eficiente de los recursos y confiere ventajas a los consumidores tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegurarse clientes y no

perfecto: la presencia de los denominados fallos del mercado –circunstancias patológicas que alejan a los mercados de la competencia perfecta– hace que en condiciones de pleno libre mercado este no asigne de forma eficiente los recursos.

La mano invisible no es la mejor dispensadora del bienestar social, así que es deber del Estado disciplinar los mercados en aras de corregir los fallos –en su condición de garante del interés general–, buscando materializar los beneficios que se derivan de la eficiencia económica que permiten los mercados competitivos⁷⁴. Los fallos del mercado son, entonces, la materia por antonomasia de la regulación económica⁷⁵.

ver reducidas sus ventas. Para atraer a los consumidores se esfuerzan por mejorar la relación calidad-precio de los productos e innovar para desarrollar nuevos bienes y servicios y emplear tecnologías eficientes que minimicen los costes de producción. Este proceso de adaptación de la oferta de las empresas a los gustos del consumidor es posible gracias al mecanismo de precios. Si los consumidores prefieren un determinado producto del que no existe una oferta suficiente, estarán dispuestos a pagar más. Al elevarse el precio las empresas se animan a incrementar su oferta movidas por la mayor rentabilidad que les reporta ese precio mayor. Por ello, decimos que el funcionamiento competitivo de los mercados nos acerca a una asignación de recursos más eficiente: porque permite que los recursos escasos de la sociedad se asignen a los usos que los consumidores prefieren": BENEYTO (dir.) y MAILLO (coord.), *Tratado de derecho de la competencia. Unión Europea y España*, Madrid: Bosch, vol. 1, 2005, p. 2

74 "Según la doctrina económica clásica (Musgrave, 1959; Costas y Bel, 1995: 33-63) las razones de la intervención del Estado en la actividad económica son las siguientes: i) existencia de asignaciones no óptimas de recursos entre bienes y servicios alternativos (fallos del mercado); ii) insuficiencia del mercado respecto a la distribución equitativa de la renta y la riqueza; y iii) incapacidad del mercado para garantizar niveles de empleo y de producción elevados y estables. Estas razones se corresponden con las tres funciones del Estado identificadas por Samuelson y Nordhaus (1996: 31): fomentar la eficiencia, la equidad y, por último, el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos. Ahora nos interesa la primera. El Estado fomenta la eficiencia de los mercados mediante la corrección de los denominados fallos del mercado (productores de 'asignaciones ineficientes'). Aquí surge el concepto estrella de la regulación: los fallos del mercado. Los 'fallos que deben ser compensados' (Aranson 1990; Serrano Sanz, 1995: 21-31) son los siguientes: i) déficit de competencia (posición de dominio; monopolio natural y 'competencia destructiva'); déficit de información (riesgo moral, selección adversa y asimetrías informativas) y iii) externalidades. Estos fallos producen una 'asignación ineficiente' porque el mercado no alcanza el óptimo paretiano entendido como aquella situación en la que 'no es posible reorganizar la producción o el consumo de tal manera que aumente la satisfacción de una persona sin reducir la de la otra [...] en otras palabras, si una economía funciona eficientemente, es imposible reorganizar la producción y el consumo para mejorar el bienestar de todo el mundo' (Samuelson y Nordhaus, 1996: 270)": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., p. 53.

75 "La ciencia de la economía intenta desentrañar las circunstancias objetivas que reúnen los mercados para que la regulación sea necesaria, lo que los autores anglosajones, principalmente del mundo del derecho, denominan como las *technical justification* (Baldwin & Cave, 1999: 9) o la *justification* (Breyer, 1982: 15 y ss.) de la *regulation*; circunstancias tales como las enumeradas por Baldwin & Cave (1999: 9 y ss.) y también por Breyer (1982: 15 y ss.). En estas circunstancias objetivas la regulación parece encontrar una justificación técnica

Un mercado monopolístico ofrece al productor monopolista o al demandante monopolista (monopsonio) una condición de manipular el precio colocándolo por encima del costo marginal, en monopolio de oferta, o por debajo del mismo, cuando el monopolio es de demanda, generando un beneficio impropio de un mercado perfecto. El mercado se distorsiona haciéndose ineficiente, el precio es elevado y la cantidad ofrecida es insuficiente. La regulación de los monopolios se efectúa con la finalidad tanto de proteger a los consumidores como de proteger a la libre competencia económica. Ese es el bien jurídico que motiva las regulaciones anti-monopólicas.

Una especial mención merecen los monopolios naturales, en que la regulación económica atiende no a contrarrestar la condición connatural de posiciones dominantes, sino a evitar sus abusos. En materia de regulación económica, las condiciones técnicas de determinadas industrias constituyen fallos que hacen necesaria la injerencia del Estado a fin de corregirlos y dirigir los mercados hacia la libre competencia y la eficiencia⁷⁶. La gran mayoría de mercados regulados presentan características de industria de red, entendida como "aquella que suministra un servicio público o un servicio básico mediante la operación de una gran infraestructura de red, cuyas características son: fuertes rendimientos crecientes a escala, altos niveles de intensidad de capital y una larga vida de los activos industriales"⁷⁷.

La prestación de servicios de red requiere un nivel alto de inversión para la construcción y mantenimiento de infraestructura –costos hundidos–, lo cual incentiva la generación de economías de escala y la consolidación de monopolios naturales, en donde la competencia no resulta económicamente eficiente. Es entonces el monopolio propio de las industrias de red uno de los principales objetos de la regulación económica, que procura liberar los mercados hacia

que la hace necesaria. Esta perspectiva es la que Breyer (1982: 9) denomina normativa por cuanto considera las justificaciones de la regulación, no sus causas. Estos planteamientos se mueven en la órbita de la teoría del interés público o de los fallos del mercado. Esta teoría ha alentado la regulación al establecer una relación de necesidad entre fallos del mercado y la regulación como la mejor vía para compensarlos o corregirlos": *ibíd.*, pp. 100-101.

76 "Industries that are characterized by market failures must, in the public interest, be subject to a visible external hand that allows them to be mitigated. This intervention becomes even more important when infrastructure services that provide collective and essential services to citizens are at stake, or when they have a network structure and require the use of property rights for the purpose of public interest (public utilities) and therefore cannot perform under a selfregulating regime or without any regulation at all. As water utilities (drinking water and wastewater services – WWS) are characterized by significant market failures and as their provision is associated with the fulfilment of the public interest, they are a classic example of services of general interest that require public regulation": RUI CUNHA MARQUES, *Regulation of water and wastewater services: An international comparison*, London: IWA Publishing, 2010, p. 1.

77 JEAN PAUL BOUTTES y LEBAN, "Competition and regulation in Europe's network industries from theoretical approach to sectorial application", 1995, p. 127, en HOFFJAN y MÜLLER, *Contemporary water market structure and regulatory framework*. Tomado de: <http://www.trust-i.net/downloads/index.php?idesc=34>

la competencia –cuando ello es técnicamente posible– y controlar los abusos propios del monopolio, que tienen un gran impacto sobre los intereses de los consumidores⁷⁸.

Los mercados regulados presentan otra serie de condiciones patológicas que son materia de regulación económica: las externalidades y la asimetría de la información. Las primeras son acciones que se generan en un tercero a la relación intersubjetiva (beneficio externo) o los efectos de la relación que padecen terceros ajenos a ella (costos externos). Los costos externos es lo que generalmente se llama externalidad y aparece como un costo marginal generalmente social –difuso⁷⁹.

La regulación económica necesaria para combatir dicha falla se dirige a que el empresario interiorice el costo marginal social, de manera tal que este no sea cargado al tercero que no participa en la producción, ni a los consumidores. Lo ideal es que quien sufre la externalidad negativa sea indemnizado, y que el beneficio derivado de la externalidad para quien la genera sea suficiente para pagar el costo indemnizatorio y obtener una utilidad. Desde el punto de vista de la externalidad positiva, hay prácticas de repartición social del beneficio, como la valorización o la plusvalía que debe gravar a quienes se benefician por los cambios regulatorios.

78 "En la doctrina económica se entiende por monopolio aquella situación en la cual un solo vendedor provee a todo un mercado o industria y tiene la capacidad para determinar el precio. Es decir, puede incrementar el precio reduciendo su propia producción. En situaciones de monopolio, el mercado 'falla' porque la competencia es deficiente. Desde la perspectiva del interés público, el problema radica en que la firma monopolística maximiza sus ganancias restringiendo la oferta y estableciendo un precio por encima del costo marginal, de modo que los consumidores pagan por una unidad adicional más de lo que cuesta producirla. Por eso la situación es ineficiente, pues si los consumidores realmente pagaran un precio menor al fijado por el monopolista, pero superior al costo marginal por la unidad adicional de un bien, en tanto que continuaran pagando el precio fijado por el monopolista por las unidades ya producidas, tanto el monopolista como los consumidores mejorarían la situación": MARIANO CARBAJALES, *ob. cit.*, p. 115.

79 "Numerosas regulaciones están basadas en el hecho de que el precio de un bien no refleja el verdadero costo que tiene para la sociedad dicho bien. Las diferencias entre los verdaderos costos sociales y el precio del mercado suelen conocerse en la doctrina económica con el nombre de externalidad. Existe una externalidad cuando la producción o el consumo de un bien afecta directamente a los consumidores o empresas que no participan en su compra ni en su venta y cuando esos efectos no se reflejan en los precios del mercado. Para comprender mejor este concepto de externalidad, algunos autores se sirven de los conceptos de costos y beneficios privados y sociales. El beneficio marginal social sería la suma del beneficio marginal privado y el beneficio marginal externo (los terceros que no participan en la producción del bien o en la prestación del servicio), siendo este último el incremento del beneficio ocasionado por el efecto externo cuando tiene lugar una variación unitaria en la variable que da origen al mismo. El costo marginal social sería la suma del costo marginal privado y el costo ocasionado por el efecto externo cuando tiene lugar una variación marginal externa, siendo este último el costo marginal en la variable que da origen al mismo": MARIANO CARBAJALES, *ob. cit.*, p. 135.

Por su parte, las asimetrías de la información se producen cuando hay mayor conocimiento en el productor/comercializador del producto que en el consumidor o comprador del mismo⁸⁰. Las asimetrías en la información gravitan enormemente en el mercado porque llevan a elecciones adversas o aumentan el azar moral. La regulación necesaria para combatir dicha falla debe tender a generar sistemas de garantías a favor de los consumidores, e instituciones como la responsabilidad por los vicios ocultos.

Debemos destacar que los objetivos de la regulación económica se han ido ampliando en la medida en que esta se ha consolidado como herramienta de disciplina económica pública en las últimas décadas. La eficiencia económica como paradigma que justifica la injerencia del Estado se ha ido enriqueciendo en su contenido, debido a las exigencias derivadas de las vicisitudes actuales. De manera que la eficiencia ya no puede ser entendida únicamente como asignación eficiente en el sentido de Pareto: la eficiencia en nuestros tiempos significa además maximización de la cobertura, de la calidad y la garantía y respeto a los derechos de los consumidores.

La regulación económica, justificada en sus inicios por sus competencias eminentemente técnicas de corrección de fallos del mercado y promoción de condiciones materiales de competencia, debe ahora enfrentar nuevos retos derivados de la materialización de la responsabilidad del Estado de garantizar el interés general, objetivo que no se consigue de forma exclusiva con la disciplina de las falencias de los mercados⁸¹.

80 "Hemos dicho ya más arriba que el mercado es un eficiente asignador de recursos, pero para que éste funcione deben darse algunas condiciones mínimas: entre ellas, una información completa. Pues bien, el mercado puede fallar en la obtención de esta información y ello por diversas razones: por ser muy costosa (por ejemplo, en una investigación científica sobre una determinada droga o medicamento); porque el incentivo para obtener tal información puede no ser suficiente para que alguien invierta en ello (como puede ser el caso del mercado financiero), o bien porque existe incentivo para falsificar dicha información (como puede ocurrir en el caso de los seguros de automotores o los seguros de vida), o porque aun cuando dicha información sea revelada, los consumidores no están en condiciones de verificarla por su costo o su dificultad, etc. Sea cual fuere la causa de la información incompleta, falsificada o errónea del mercado, lo cierto es que ello parece requerir una intervención gubernamental para corregir tal deficiencia (por ej.: exigiendo información transparente)": *ibíd.*, p. 140.

81 "Una precisión se impone: la intervención regulatoria no se agota en la corrección de los fallos del mercado. Sería simplista considerar que la regulación es sólo regulación para la competencia. La regulación también se dirige a otros objetivos de interés general que no necesariamente se ven satisfechos incluso a través del mercado perfecto. Por ejemplo, el mercado perfecto no es el mercado que satisface todas las demandas de suministro de servicios, sino sólo aquellas que son rentables. Que todos los ciudadanos tengan derecho al suministro de ciertos servicios con independencia de su nivel de renta está exigiendo a los prestadores el cumplimiento de unas obligaciones que no satisfarían en condiciones normales de mercado porque algunos ciudadanos sólo podrían abonar un precio por debajo del rentable. Esto no es obstáculo, al contrario, para que se garantice estas prestaciones

Al regulador actual se le exige cada vez más ser previsivo y proactivo en cuanto a:

- i) La garantía de cobertura universal y prestación de servicios mínimos, estableciendo mecanismos para asegurar la prestación en aquellos niveles en donde, en condiciones de mercado, no resulta económicamente eficiente para las empresas prestar el servicio a precios que puedan ser costeados por los usuarios;
- ii) El análisis constante de los mercados regulados con el fin de anticipar las patologías que puedan desencadenar en crisis que golpeen los intereses de los ciudadanos y, en general, las condiciones macroeconómicas del país;
- iii) Ser cada vez más exigente con las condiciones de calidad en la prestación de los servicios, pues el bienestar ya no se restringe a la racionalización de las tarifas y a la garantía de los accesos, pues la calidad es cada vez más un criterio de eficiencia cardinal en la evaluación de la prestación de los servicios;
- iv) Volcar su atención sobre los intereses de los consumidores, siendo exigente y vigilante de que los prestadores de los servicios protejan y respeten sus derechos.

7. CUESTIONES TRANSVERSALES: INDEPENDENCIA DEL REGULADOR Y CONTROL JUDICIAL DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

La regulación, tal como lo hemos estudiado en este escrito, fue inicialmente pensada en el ordenamiento jurídico estadounidense con una pretensión de inminente independencia de los poderes públicos. Dicha independencia de la regulación económica se logra a través de la independencia del regulador (de la agencia o comisión en la cual se encuentre la competencia regulatoria).

La sensibilidad de la materia objeto de la regulación económica (la disciplina de mercados específicos) la hace especialmente vulnerable a intervenciones indebidas de diferentes agentes (entre ellos los políticos, las empresas reguladas o las agremiaciones) que deseen manipular al regulador con el fin de interferir en los mercados para su propio beneficio, y no para el beneficio por antonomasia de la regulación económica, cual es la persecución del or-

mediante mecanismos de solidaridad pero sin que el prestador deba soportar, en ningún caso, una carga injusta. Es imprescindible distinguir entre regulación para la competencia y regulación para el servicio público. Como se analizará más adelante, en el Derecho Comunitario está perfectamente delimitado que las obligaciones que los reguladores pueden imponer en ciertos mercados obedecen a estos dos objetivos o finalidades, reconociendo, de manera palmaria, que la intervención regulatoria no se agota en el fomento o promoción de las mejores condiciones de los intercambios del mercado sino también haciendo realidad otros objetivos de interés general que o no pueden ser satisfechos o pueden serlo de manera deficiente a través o mediante el mercado": ANDRÉS BETANCOR, *ob. cit.*, p. 386.

den justo y el bien común. En esta materia es ampliamente conocida la visión impulsada por Stiegler⁸² en cuanto a la captura del regulador por parte de las industrias reguladas⁸³.

Dicha independencia de la regulación económica (y por consiguiente del regulador) implica una doble arista: i) por una parte, se trata de la independencia del regulador dentro de la propia estructura administrativa, de manera tal que sobre él no se presenten injerencias indebidas por parte de poder alguno que pudiesen desviar el alcance de sus cometidos; y, ii) por otra, se trata de la independencia del regulador respecto de los agentes regulados del mercado, puesto que el regulador, como árbitro de las dinámicas de mercados específicos, no puede parcializarse para favorecer a ninguno de los participantes de dicho mercado.

La independencia efectiva del regulador será verificada mediante el necesario control jurisdiccional que debe existir sobre las medidas regulatorias expedidas por las agencias o comisiones investidas con la función regulatoria, en la medida en que en sede judicial se abre el espacio para verificar que las medidas regulatorias que tomen las administraciones obedezcan a los criterios técnicos y jurídicos que las facultan, y que persigan las finalidades de interés

82 GEORGE STIGLER, "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, 2, 1971, pp. 3-21.

83 "La independencia del regulador es inherente a la institución, particularmente en el contexto de la liberalización de la economía y de la privatización de las empresas públicas monopólicas. La regulación ya estaba presente en el estatuto de las *Independent Agencies* de Estados Unidos (*Interstate Commerce Commission, Federal Trade Commission, Security Exchange Commission* etc.) que se multiplicaron desde el siglo pasado —o también desde los célebres *quangos* británicos (*quasi-autonomous non-governmental organizations*). La independencia del regulador también se observa en numerosos países europeos a través de las autoridades administrativas independientes encargadas de la vigilancia y regulación de diversos sectores. Por supuesto hay preguntas recurrentes que deben responderse. En primer lugar, ¿independencia respecto a quién? Respecto al Estado en primer lugar y sin ninguna duda: para ello debe verificarse quiénes son las autoridades, y la forma en que éstas se nombran, así como el estatus del regulador, la duración y la eventual renovación de su mandato, los medios financieros y presupuestales de los que dispone, etc. Pero también, es algo bien conocido, la independencia se predica respecto de los operadores privados. La teoría de la 'captura' del regulador por parte de los operadores ha hecho carrera desde hace mucho tiempo en los países anglosajones. Esta teoría fue admitida posteriormente, por las mismas razones, en todos los Estados europeos concernidos. Para asegurar esta independencia, los poderes que se le otorgan a los reguladores deberán adaptarse, el poder de expedir normas técnicas (bajo la forma de reglamentaciones delegadas), el poder de tomar decisiones individuales (bajo la forma de autorizaciones, licencias u otras) e inclusive el poder de control, y eventualmente de sanción en caso de infracción a la reglamentación general o a las normas especializadas. Todo esto es bien conocido, agreguemos sin embargo que la independencia debe acompañarse de la imparcialidad subjetiva u objetiva del regulador. Esta imparcialidad puede garantizarse mediante diferentes tipos de procedimientos a seguir para acceder al sector o respecto de las sanciones disciplinarias susceptibles de pronunciarse en contra de los operadores": FRANK MODERNE, ob. cit., pp. 112-113.

general impuestas al Estado, en lugar de beneficiar intereses políticos o particulares de los sujetos regulados⁸⁴.

El alto grado de técnica y la pretensión de independencia que permea la regulación económica no pueden convertirse en excusa que patrocine el abuso por parte del regulador. La regulación económica, en tanto imparcial e independiente⁸⁵, debe contar con un estricto control judicial que proteja a los sujetos regulados, y en últimas a los propios mercados, de los posibles excesos cometidos por el regulador, así como del ya reconocido riesgo de captura por parte de los sujetos regulados.

Lo anterior aunado a que, en los ordenamientos jurídicos de tradición continental, el acto regulatorio en tanto acto de la administración debe estar

84 "Cuanto más importante sea la regulación, más probable será su captura. El control de la regulación ha de compensar esta probabilidad. Evitarlo es imposible pero sí hacerlo más costoso [sic]. El control de la regulación es doblemente necesario; lo es en términos económicos ya que sólo la regulación correctamente orientada a compensar o corregir los fallos del mercado puede contribuir a la mejora de la eficiencia de ésta, pero también en términos jurídicos y democráticos porque sólo la regulación controlada es la que está anclada al servicio de los intereses generales y en la garantía de los derechos de todos los interesados. La regulación descontrolada es la regulación que probablemente está capturada por los intereses regulados o ajenos como los políticos, pero además es la que más probablemente lesiona ilegal, arbitraria y discriminatoriamente los derechos de todos los interesados. El control de la regulación es tan necesario como la regulación misma. Una regulación sin control es doblemente peligrosa en términos económicos pero también jurídicos y democráticos. No se trata de garantizar sólo los derechos de las empresas reguladas. También se trata de garantizar los derechos de los consumidores y de los ciudadanos y el interés general. En definitiva, regulación necesaria, control imprescindible. El problema jurídico que se plantea es el relativo a cómo se lleva a cabo dicho control por parte de los jueces [...] uno de esos controles es el dispensado por los tribunales de justicia. Es el control más importante. El control más eficaz por el alcance de sus poderes y sobre todo por su finalidad de garantía de la tutela de los derechos que ha de ser efectiva": ANDRÉS BETANCOR, ob. cit., pp. 501-502.

85 El comentado Carbajales sostiene que solo habrá plena independencia cuando se reúnan tres facetas de la independencia de las agencias reguladoras: "1) Independencia estructural. Esto implica que estén creadas por ley, dotadas de plena personalidad jurídica, de objetivos y funciones claros y específicos; de órganos de gobierno 'separados' de la administración centralizada—sin eludir ni amenguar su responsabilidad última ante el gobierno, a quien corresponde en última instancia la dirección última de la administración general del país—y que gocen de estabilidad en sus puestos, pudiendo ser removidos por causas previstas en la misma ley de creación, y un presupuesto acorde con la misión del ente, que pueda administrar junto con sus recursos propios. Podríamos decir que todos estos aspectos aquí enumerados están incluidos en el concepto de capacidad o personalidad jurídica plena. También han de gozar de 2) independencia funcional (el ejercicio de las funciones y la misión encomendada por la ley de creación del ente deben llevarse a cabo sin interferencia alguna del Gobierno, sean estas meras recomendaciones, instrucciones o directivas, y por el personal idóneo, de acuerdo con la misión y funciones del ente. Sus miembros han de ser seleccionados por un procedimiento transparente y deberán gozar de la suficiente 'discrecionalidad técnica'). Finalmente, 3) independencia normativa (capacidad de dictar sus propios actos y de aprobar sus estatutos)": MARIANO CARBAJALES, ob. cit., pp. 265-266.

sujetado al principio de legalidad, respetando en su forma y fondo la Constitución, las leyes y los reglamentos. En tal sentido, cobra una importancia superior el control jurisdiccional de las medidas regulatorias, que no solo deben responder a una corrección técnica en cuanto al mercado y los sujetos regulados, sino que debe obedecer a una corrección jurídica en cuanto a su forma y contenido.

Tal circunstancia implica, desde luego, un problema inherente a la administración de justicia: el alto nivel técnico de las medidas regulatorias representa una dificultad para el juez al momento de calificar la corrección técnica de los actos sometidos a su control. El regulador es regulador en tanto ha sido designado como técnico exclusivo para la disciplina de mercados específicos. La órbita del juez (técnico de la ciencia jurídica) se escapa de la profundidad de la técnica regulatoria.

Sin embargo, ello no debe ser óbice para desincentivar o desnaturalizar el necesario control jurisdiccional de las medidas regulatorias. Las normas jurídico procesales han ideado diferentes mecanismos (como la participación de técnicos y los dictámenes periciales) en virtud de los cuales sea posible calificar ante un juez cuestiones que escapen de su propia técnica, de manera que puedan ser juzgadas por él con el mismo rigor de las cuestiones puramente jurídicas. De manera tal que no hay razón para pensar que la independencia y el nivel técnico de las medidas regulatorias sean obstáculo para su control jurisdiccional.

Igualmente, en una pretensión de aumentar la legitimidad y corrección del juzgamiento de los actos regulatorios, podría implementarse un sistema de jueces especializados tanto a nivel técnico como económico que se encargaran de conocer de las controversias relativas a dichos actos⁸⁶.

86 La doctrina acompaña nuestra posición de fortalecimiento del control jurisdiccional de los actos de regulación económica, e identifica su creciente auge en el derecho comunitario europeo: "Aunque en general los autores le reconocen al control jurisdiccional un rol limitado en la regulación, esto podría cambiar y de hecho ya ha comenzado a cambiar, en particular bajo la influencia del derecho europeo. La comunidad europea, cuyas directivas más recientes coinciden en un endurecimiento de la regulación, exige también de forma muy precisa el derecho de poder apelar ante un organismo independiente de las partes, en un proceso que permita volver a examinar a fondo la decisión de la autoridad reglamentaria nacional, si este mismo no es una jurisdicción (directiva 2002/21, 7 de marzo de 2002, art. 4). Naturalmente, la forma en que las jurisdicciones responden a los pleitos que llegan a ellas en materia de regulación depende de las características generales de la organización jurisdiccional y del sistema de apelaciones. Según Martin Bullinger, la liberalización debería estar acompañada, en general, de una mejor protección de los derechos individuales de los consumidores, mejor reconocidos por la legislación, pero ésta debería favorecer también un acercamiento entre los sistemas nacionales de protección jurisdiccional, con la condición de que la organización de las jurisdicciones responda a la necesidad de integrar el conocimiento técnico y económico, dada la importancia que tienen para poder juzgar estos asuntos de fondo": GERARD MARCOU, *ob. cit.*, p. 85.

CONSIDERACIONES FINALES

En el presente escrito se ha propuesto utilizar el concepto de 'dirección estatal de la economía' contenido en la Constitución Política colombiana como categoría jurídica que describa la injerencia del Estado en la economía, tras identificar la necesidad de plantear un *nomen iuris* moderno que verdaderamente represente todos los instrumentos de disciplina económica del Estado, y que permita reunir la finalidad social de la injerencia del Estado en la economía y la pretensión de eficiencia del funcionamiento de los mercados dentro de un género en donde se ubiquen todas las especies de disciplina pública económica.

En el estudio se evidenció la polisemia de la palabra 'regulación', que es utilizada por la cultura jurídica bajo variadas y disímiles nociones, lo que se presta para muchas confusiones. Se encontró que en la vida jurídica se presentan variadas acepciones de la palabra, presentándose como sinónimo de ordenación, de reglamentación (surgido de la traducción entre el inglés y el francés), de estipulación, de normación, etc.

Por tal razón, se concluye en la necesidad de circunscribir el concepto 'regulación' con su adjetivación como 'regulación económica', para alejarlo del riesgo que comporta la variedad de significados del término 'regulación', y por tanto lo definimos como un instrumento de dirección estatal de la economía, de carácter técnico-jurídico, radicado en cabeza de la administración, por medio del cual se busca disciplinar dinámicas económicas de mercados específicos con el fin de promover la eficiencia, el orden justo y el bien común, al igual que asumir los retos contemporáneos en materia de maximización de cobertura, calidad, garantía y respeto a los derechos de los consumidores.

Nos ocupamos igualmente de estudiar el surgimiento de la regulación económica en el derecho anglosajón, con el fin de comprender sus principales características y así entender la forma en la que las experiencias del derecho anglosajón pueden ser recibidas y aplicadas en sistemas de derecho continental europeo. De ello concluimos que el modelo anglosajón de regulación económica se caracteriza por estar consagrado mediante ley en cabeza de agencias reguladoras autónomas, de naturaleza típicamente administrativa, a las cuales se les otorgan funciones tanto administrativas como legislativas y judiciales, en una peculiar reunión funcional que ha trascendido a pesar de los resentimientos que puede generar.

Así las cosas, el establecimiento de la regulación económica en sistemas de derecho continental no puede realizarse como una reproducción en idénticas condiciones de la forma en que funciona en el derecho anglosajón, puesto que hay principios fundamentales –como la separación de poderes, la soberanía, la legalidad, el debido proceso y el principio democrático– que exigen que se adapten las necesidades que se buscan y las especiales exigencias de la regulación económica con la estructura del Estado específico, para así dotar de legitimidad tanto a las agencias regulatorias que se creen

como a las decisiones regulatorias que estas tomen, lo que a la postre gana en seguridad jurídica.

Concluimos, igualmente, que la regulación económica tiene unas características específicas dentro del género de instrumentos de dirección estatal de la economía: i) está en cabeza de la administración y por lo tanto se produce a través de actos de la misma; ii) es la conjugación de la técnica económica con la técnica jurídica; iii) se ocupa de mercados específicos; iv) disciplina fallas concretas del mercado; v) requiere de la participación de los agentes regulados; vi) la independencia del regulador es un factor de legitimidad de sus decisiones; vii) se hace necesario el control jurisdiccional de las medidas regulatorias para controlar su corrección frente al ordenamiento jurídico; viii) promueve la cobertura universal y la prestación de servicios mínimos; ix) analiza constantemente los mercados regulados con el fin de anticipar las patologías que puedan desembocar en crisis; x) vela por las condiciones de calidad en la prestación de los servicios, así como por los derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. "La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, pp. 123-160.

AMADOR CABRA, LUIS EDUARDO. "Intervención del Estado y modernización del modelo regulatorio de costos y tarifas en Colombia", *Contexto: Revista de Derecho y Economía*, 27, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 39-74.

AMAN, ALFRED. *Administrative Law and Process*, New Jersey: LexisNexis, 2006.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada: Comares, 3.ª ed., 2004.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

ARRUTI, ALBERTO. *La crisis del Estado de Bienestar*. Disponible en: <http://www.americaeconomica.com/portada/cultural/marzo06/cultural170306.htm>

AUTIN, J-L. "Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public", *La régulation entre droit et politique*, Paris: L'Harmattan, 1995.

BENEYTO (dir.) y MAILLO (coord.). *Tratado de derecho de la competencia. Unión Europea y España*, Madrid: Bosch, 2005.

BERMAN, HAROLD. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- BODIN, JEAN. *Los seis libros de la república* (1576), Madrid: Aguilar, 1973.
- BOEHM, FREDERIC. "Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos", *Revista de Economía Institucional*, vol. 7, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND. *Teoría general del Estado* (1920), México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CARBAJALES, MARIANO. *El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de Estado*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- CASSIRER, ERNST. *El mito del Estado* (1968), México: Fondo de Cultura Económica, 9.^a reimp. de la 2.^a ed. en español, 1997.
- CHEVALLIER, JACQUES. *Les politiques de déréglementation*, Paris: IFSA, 1998.
- CHEVALLIER, JACQUES. "De quelques usages du concept de régulation", en *La régulation entre droit et politique*, Paris: L'Harmattan, 1995.
- CHEVALLIER, JACQUES. "La régulation juridique en question", *Droit et société*, 3, 49, 2001, pp. 827-846.
- CLAM y MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris: LGDJ, 1998.
- CROLEY, STEVEN. "Theories of regulation: Incorporating the administrative process", *Columbia Law Review*, 98, 1, 1998, pp. 1-168.
- CUSTOS, DOMINIQUE. "La noción estadounidense de regulación", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Bogotá: L'Harmattan, t. 1, 2009, pp. 190-218.
- DEVOLVÉ, PIERRE. *Droit public de l'économie*, Paris: Dalloz, 1998.
- DUGÜIT, LEÓN. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- EKELUND y HÉBERT. *Historia de la teoría económica y de su método*, Madrid: McGraw-Hill, 2004.
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, JUAN y DUCH, NÉSTOR. *Organización industrial: un enfoque estratégico*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2002.
- FERRER, JUAN DE LA CRUZ. *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- FISS, OWEN. *El derecho como razón pública*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

- FRIER, PAUL LAURENT. "La regulación como función: apuntes introductorios", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Bogotá: L'Harmattan, 2009.
- GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial, 10.^a reimp. de la 2.^a ed., 1996.
- GIL BOTERO, ENRIQUE. "La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 3, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 3-26.
- GUILLÉN CARAMES, JAVIER. *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- HART, HERBERT. *The Concept of Law*, New York: Oxford University Press, 2.^a ed., 1994.
- HEGEL, GEORG WILHEM. *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1821), Madrid: Libertarias, 1993.
- JELLINEK, GEORG. *Teoría general del Estado* (1900), México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- JESSOP, BOB. *Crisis del Estado de Bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, 1999.
- JOSSERAND, LOUIS. *Del abuso de los derechos y otros ensayos* (1939), Bogotá: Temis, 1982.
- KANT, IMMANUEL. *Sobre la paz perpetua* (1795), Madrid: Tecnos, 4.^a ed., 1994.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del Estado* (1925), México: Ediciones Coyoacán, 2004.
- KEYNES, JOHN MAYNARD. "El final del laissez faire" (1926), en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona: Folio, 1997.
- KEYNES, JOHN MAYNARD. *Las consecuencias económicas de la paz* (1919), Barcelona: Crítica, 2002.
- LACET-ANNAMAYER, AURORE. *La Régulation des services publics en réseaux: télécommunications et électricité*, Paris: LGDJ, 2002.
- MACGREGOR, PROSSER y VILLIERS (eds.). *Regulation and markets beyond 2000*, Aldershot: Ashgate, 2000.
- MALARET I GARCÍA, ELISENDA. "Regulación económica: su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)", *Derecho Privado y Constitución*, 17, 2003, pp. 327-360.

- MALARET I GARCÍA, ELISENDA. "Administración pública y regulación económica", *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Santander, 2-3 de febrero de 2007, Madrid: Thomson Aranzadi, 2007.
- MARCOU, GERARD. "La regulación y los servicios públicos: las enseñanzas del derecho comparado", *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Bogotá: L'Harmattan, 2009.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO. "Norma regulatoria: ¿mito o realidad?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 3, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 27-66.
- MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN. *Derecho administrativo económico*, Madrid: La Ley, 1991.
- MODERNE, FRANK. "Los usos de la noción de 'regulación' en el derecho positivo y en la doctrina jurídica", en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Bogotá: L'Harmattan, 2009.
- MORAN y PROSSER (eds.). *Privatization and regulatory change in Europe*, Buckingham: Open University Press, 1994.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y ESTEVE PARDO, JOSÉ (coords.). *Derecho de la regulación económica*, Madrid: Iustel, 2009.
- NALLAR, DANIEL MAURO. *Regulación y control de los servicios públicos*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- NOLTE, ERNST. *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Barcelona: Península, 1971.
- OFFE, CLAUS. "Social policy and the theory of the State", *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge: Mass., 1984.
- OGUS, ANTHONY. *Regulation: Legal form and economic theory*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- PACTET, PIERRE y MÉLIN-SOUCRAMANIEN. *Derecho constitucional*, Bogotá: Legis, 2011.
- PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- POSNER, RICHARD. *El análisis económico del derecho* (1926), México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- ROMERO ALVARADO, LUZ MARINA. "La regulación del precio del etanol en Colombia: ¿teoría del interés general o teoría del interés privado?", *Contexto: Revista de Derecho y Economía*, 30, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 63-79.
- SAMUELSON y NORDHAUS. *Economía*, Madrid: McGraw-Hill, 1996.

- SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO. *El Estado constitucional: configuración histórica y jurídica. Organización funcional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Sectores regulados y competencia: un dilema complejo", en *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*. Madrid: Iustel, 2011.
- SENDÍN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. *Regulación y servicios públicos*, Granada: Comares, 2003.
- SMITH, ADAM. *La riqueza de las naciones*, Madrid: Alianza, 1994.
- STIGLER, GEORGE. "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, 2, 1971, pp. 3-21.
- STIGLITZ, JOSEPH. "Regulación y fallas", *Revista de Economía Institucional*, 12, 23, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 13-28.
- SUNSTEIN, CARL. *Free Markets and Social Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- TIMSIT, GERARD. "Les deux corps du Droit. Essai sur la notion de régulation", *Revue Française d'Administration Publique*, 375, 1996.
- VALDERG. *Racionalidad y reglas*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO. "Regulación económica: derecho, eficiencia e instituciones", en *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.